

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

**La ingeniería genética y reproductiva humana : intereses
jurídicos tutelados en el Código Penal de 1995 : análisis
crítico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Mayer Chomer Cherem

DIRECTOR:

Luis Felipe Ruiz Antón

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

**LA INGENIERÍA GENÉTICA Y REPRODUCTIVA HUMANA:
INTERESES JURÍDICOS TUTELADOS EN EL
CÓDIGO PENAL DE 1995. ANÁLISIS CRÍTICO.**

**Autor: MAYER CHOMER CHEREM
Director: DR. LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN**

Madrid, 2000



AGRADECIMIENTOS

Quiero dejar constancia del adeudo que tengo para con el profesor Luis Felipe Ruiz Antón, quien de forma incondicional me ha dirigido, corregido y apoyado en el transcurso de la investigación durante estos maravillosos años en España y sin el cual no hubiese sido capaz de llevar a puerto este trabajo, y para con el profesor Dr. Carlos María Romeo Casabona, quien de manera absolutamente desinteresada me escuchó y me permitió disponer de su tiempo, de las instalaciones de la cátedra de Derecho y Genoma Humano que preside en la Universidad de Deusto, Bilbao, y del acervo bibliográfico con el que cuenta.

Pero por en cima de todo, recordando el axioma hebreo que dice que no debemos hablar delante de quien te supera en conocimientos, deseo agradecer que me hayan permitido, elaborando éste trabajo, decir delante suyo.

Madrid, 20 Octubre de 2,000.

A mi familia.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	VI
-------------------	----

CAPITULO I

Fundamentos básicos del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

I) El Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho. Finalidad.....	1
II) Límites al ius puniendi. Principios que lo fundamentan.....	3
Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ¿Cumple éste principio su función?. Posturas.....	6
III) Crisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como principio limitador del ius puniendi frente a las tendencias tipificadoras del Derecho penal moderno.....	8
IV) Búsqueda de contenido material del concepto de bien jurídico penal.....	12
1. Teoría Espiritualista del bien jurídico.....	13
2. Teorías Sociales.....	13
3. Teorías Constitucionales.....	16
4. Recapitulación.....	19
V) Tipificación de delitos de peligro como técnica de configuración de bienes jurídicos colectivos.....	21
1. Bien jurídico colectivo.....	21
2. Estructura de los delitos de peligro.....	23
A. Notión jurídica de peligro: Teorías Subjetivas.....	24
Teorías Objetivas.....	25
B. ¿Existe un resultado en el delito de peligro?.....	26
C. Técnicas de tipificación de delitos de peligro: Delitos de peligro abstracto y peligro concreto.....	29
Crítica.....	33
D. Toma de postura.....	33

CAPITULO II

Ingeniería genética, reproductora y manipulación genética. Intereses jurídicos implicados.

I) Diferenciación conceptual.....	37
II) La tecnología del ADN.....	40
III) El Proyecto Genoma Humano.....	45
IV) Ingeniería reproductora e ingeniería genética.....	49
1. Ingeniería reproductora.....	49
a) Derecho a la reproducción. ¿Existe derecho a la reproducción.....asistida?. Fundamento constitucional.....	49
b) El derecho a la libertad como primer fundamento constitucional del derecho a la procreación.....	50
b.1) El derecho a la procreación en la mujer sola.....	53
c) El derecho a la intimidad como segundo fundamento constitucional del derecho a la procreación.....	58
d) El derecho a fundar una familia como tercer fundamento del derecho a la procreación.....	59
e) ¿Tiene límites el derecho a la procreación?. Intereses en conflicto.....	60
2. Técnicas de Procreación o Reproducción Asistida.....	67
a) Inseminación asistida: Homóloga y Heteróloga.....	68
b) Fecundación In Vitro (FIV) y los tratamientos derivados.....	72
b.1) Embriones residuales. Consideraciones en torno a la FIV y análogos.....	78
c) La ectogénesis.....	80
3. Ingeniería genética.....	80
a) La experimentación sobre objetos humanos.....	81
a.1) La intervención y experimentación en el material genético humano.....	88
b) Clonación.....	92

b.1) Tipos de clonación. Diferenciación terminológica.....	93
b.2) Clonación humana no reproductiva.....	94
b.3) Clonación reproductiva humana.....	99
b.3.1) Vía división mecánica embrional - gemelación -.....	99
b.3.2) Vía transferencia nuclear.....	100
A partir del núcleo de una célula embrional o fetal.....	101
A partir del núcleo de una célula de un individuo ya nacido.....	102
c) Partenogénesis.....	103
d) Asesoramiento Genético.....	104
d.1) Diagnósis Preconceptivo.....	110
d.2) Diagnósis Preimplantatorio.....	110
d.3) Diagnósis Prenatal.....	111
d.3.1) Amniocentesis.....	111
d.3.2) Biopsia de Corión.....	111
d.3.3) Fetoscopia.....	112
d.3.4) Funiculocentesis.....	112
d.3.5) Ecografía.....	112
d.4) Consideraciones en torno al asesoramiento genético.....	112
e) Manipulación genética.....	115
e.1) Terapia Genética.....	115
e.1.1) Descripción y tipos de terapias.....	116
e.1.2) Terapia genética en células de la línea somática o diferenciadas.....	117
e.1.3) Terapia genética en células de la línea germinal y/o no diferenciadas.....	118
e.2) La selección genética o eugenesia.....	119
e.2.1) Selección genética a través de la selección asistida de sexo.....	120
e.3) Hibridación.....	122
e.4) La creación de quimeras.....	123
f) Consideraciones generales. Especial mención a la intervención genética y la clonación.....	124
f.1) Terapia genética.....	126
f.1.1) La dignidad humana. ¿Interés jurídico implicado como límite frente a la manipulación genética?.....	131
f.2) Marco jurídico de la terapia genética.....	138
f.3) Clonación.....	140
f.3.1) Estado de la cuestión.....	141
f.3.2) Toma de posición.....	156
V) Determinación de los intereses en conflicto que surgen como consecuencia del desarrollo técnicas antedichas.....	177
1. ¿Es el derecho a la vida un interés jurídico implicado como límite a las técnicas de ingeniería genética, reproductiva y a la manipulación genética?.....	180
1.1. El derecho a la vida.....	180
1.2. Concepto.....	182
2. Determinación del momento a partir del cual comienza la vida humana. Criterios científicos.....	183
2.1. La concepción o fecundación.....	183
2.2. La anidación.....	185
3. El inicio de la protección jurídica de la vida en el Ordenamiento jurídico español.....	190
3.1. El artículo 15 de la CE.....	191
3.2. La STC 53/1985 de 11 de abril.....	195
3.3. ¿Es la vida del preembrión humano un bien jurídico protegido? Estatuto jurídico.....	200
3.4. Formas y fuentes de protección al embrión. Antecedentes.....	224
3.5. La Ley en España.....	239

3.5.1. Cuerpo normativo sobre la experimentación en preembriones, embriones y fetos humanos.....	239
3.5.1.1 La Ley 35/1988.....	243
3.5.1.2 La Ley 42/1988.....	245
Sobre embriones y fetos vivos in útero.....	245
Sobre embriones y fetos vivos, fuera del útero, viables y no viables.....	245
Sobre embriones y fetos muertos.....	246
3.5.1.3. La STC 212/1996 de 26 de diciembre.....	249
3.5.1.4. La STC 116/1999 de 17 de junio.....	256
3.5.1.5. Toma de postura.....	259
VI) Configuración de bienes jurídicos y de bienes jurídico penales.....	261
1. Antecedentes en la conformación del Título V Libro II del CPE de 1995.....	275
VII) Recapitulación.....	282
VIII) Conclusiones primera parte.....	298

CAPITULO III

La ingeniería genética, reproductiva, y el Derecho penal.

I) El Código Penal Español y los bienes jurídicos tutelados en los tipos de los artículos 157, 158 y en los contenidos dentro del Título V del Libro II.....	304
1. El tipo de las lesiones al feto.....	304
1.a) Marco general.....	304
1.b) Análisis típico. Artículos 157 y 158.....	308
1.b.1) Tipo objetivo:.....	309
1.b.1.1) El bien jurídico protegido.	309
1.b.1.2) El objeto material.....	311
1.b.1.3) Sujeto activo.....	315
1.b.1.4) Sujeto pasivo.....	316
1.b.1.5) Conducta típica.....	318
1.b.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.....	319
1.b.1.5.2) Imputación objetiva.....	321
1.b.2) Tipo subjetivo:.....	323
1.b.2.1) El tipo doloso.....	323
1.b.2.2) El tipo imprudente.....	324
1.b.3) Error de tipo.....	328
1.b.4) Ausencia de antijuricidad.....	329
1.b.5) Culpabilidad. Error de prohibición.....	331
1.b.6) Tentativa y Consumación.....	331
1.b.7) Penalidad.....	333
1.b.8) Concursos.....	335
2. De los delitos relativos a la manipulación genética.....	337
2.a) Marco general del Título V, Libro II del CPE.....	337
2.b) El tipo de manipulación de genes humanos. Artículo 159. Análisis.....	343
2.b.1) Tipo objetivo:.....	344
2.b.1.1) El bien jurídico protegido y el objeto material.....	344
2.b.1.2) Sujeto activo. Repercusión sistemática en la autoría y la participación.....	353
2.b.1.3) Sujeto pasivo.....	354
2.b.1.4) Conducta típica.....	356
2.b.1.4.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.....	361
2.b.1.4.2) Imputación objetiva.....	365

2.b.2) Tipo subjetivo:.....	366
2.b.2.1) El tipo doloso.....	366
2.b.2.2) El tipo imprudente.....	368
2.b.3) Error de tipo.....	373
2.b.4) Ausencia de antijuricidad.....	373
2.b.5) Culpabilidad. Error de prohibición.....	376
2.b.6) Tentativa y Consumación.....	376
2.b.7) Penalidad.....	377
2.b.8) Concursos.....	377
3. El tipo de producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana utilizando la ingeniería genética. Artículo 160. Análisis.....	379
3.1) Tipo objetivo.....	379
3.1.1) El bien jurídico protegido.....	379
3.1.2) El objeto material.....	380
3.1.3) Sujeto activo.....	381
3.1.4) Sujeto pasivo.....	381
3.1.5) Conducta típica.....	382
3.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.....	386
3.1.5.2) Imputación objetiva.....	387
3.2) Tipo subjetivo:.....	387
3.2.1) El tipo doloso.....	388
3.3) Error de tipo.....	389
3.4) Ausencia de antijuricidad.....	390
3.5) Culpabilidad. Error de prohibición.....	390
3.6) Tentativa y Consumación.....	391
3.7) Penalidad.....	391
3.8) Concursos.....	392
4. El tipo de fecundación de óvulos humanos con fin distinto a la procreación. Art 161.1. Análisis.....	393
4.1) Tipo objetivo.....	393
4.1.1) El bien jurídico protegido.....	393
4.1.2) El objeto material y la conducta típica.....	398
4.1.3) Sujeto activo.....	409
4.1.4) Sujeto pasivo.....	409
4.1.5) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.....	409
4.2) Tipo subjetivo:.....	410
4.2.1) El tipo doloso.....	410
4.3) Error de tipo.....	414
4.4) Ausencia de antijuricidad.....	414
4.5) Culpabilidad. Error de prohibición.....	416
4.6) Tentativa y Consumación.....	416
4.7) Penalidad.....	416
4.8) Concursos.....	417
5. El tipo de creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza. Artículo 161.2. Análisis.....	417
5.1) Tipo objetivo. Consideraciones previas.	418
5.1.1) El bien jurídico protegido.....	433
5.1.2) El objeto material.....	446
5.1.3) Sujeto activo.....	446

5.1.4) Sujeto pasivo.....	446
5.1.5) Conducta típica.....	447
5.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.....	448
5.2) Tipo subjetivo:.....	448
5.2.1) El tipo doloso.....	448
5.3) Error de tipo.....	449
5.4) Ausencia de antijuricidad.....	449
5.5) Culpabilidad. Error de prohibición.....	450
5.6) Tentativa y Consumación.....	450
5.7) Penalidad.....	451
5.8) Concursos.....	452
6)El tipo de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer. Artículo 162. Análisis.....	454
6.1) Tipo objetivo.....	454
6.1.1) El bien jurídico protegido.....	455
6.1.2) El objeto material.....	462
6.1.3) Sujeto activo.....	463
6.1.4) Sujeto pasivo.....	463
6.1.5) Conducta típica.....	466
6.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.....	468
6.1.5.2) Imputación objetiva.....	469
6.2) Tipo subjetivo:.....	469
6.2.1) El tipo doloso.....	469
6.2.2) Consideraciones en torno al consentimiento.....	470
6.3) Error de tipo.....	472
6.4) Ausencia de antijuricidad.....	472
6.5) Requisito de procedibilidad.....	472
6.6) Culpabilidad. Error de prohibición.....	474
6.7) Tentativa y Consumación.....	474
6.8) Penalidad.....	476
6.9) Concursos.....	476
II) Conclusiones segunda parte. Crítica general.....	478
III)Conclusiones finales.....	489
IV) Bibliografía.....	498

INTRODUCCIÓN

El desarrollo científico traducido en la posibilidad de intervención sobre los cimientos básicos de la vida y de la naturaleza, humana, animal o vegetal, que la ingeniería genética y las técnicas de reproducción asistida han concedido a los seres humanos son, sin el menor lugar a la duda, el ejemplo más reciente e ilustrativo de los retos a los que tendremos que enfrentarnos ante las cada vez más complejas relaciones que la ciencia de la genética, y la tecnología que la acompaña, generan en las percepciones morales, éticas y jurídicas de las sociedades contemporáneas.

Ello es así pues quizá como nunca antes, el desarrollo de la ciencia y la aplicación de sus logros o resultados, en concreto de las técnicas de la ingeniería genética recombinante y particularmente vinculadas a las de reproducción asistida, han provocado un cúmulo de consecuencias paradójicas que pueden traducirse tanto en la posibilidad inmediata de resolver problemas importantes que aquejan a los seres humanos, cuanto en la posibilidad de generar otros más que lleguen no sólo a generar desenlaces peligrosos para el Hombre y el entorno, sino incluso a minimizar o neutralizar los beneficios mismos obtenidos del avance científico.

Dicho ello en palabras de BERGEL DARÍO, si bien durante siglos se había asociado la investigación científica con la idea de progreso y bienestar, en la que la obtención de nuevos conocimientos como resultado de la especulación científica se inscribía en la línea de un progreso continuo en la que no se admitía un logro de la ciencia como un posible retroceso, y en la que la ciencia no planteaba dilemas morales dado que se le reconocía una neutralidad moral, en cuyos límites lo único que interesaba era la relación interna del investigador con el mundo de la ciencia, a partir de los constantes avances en biología molecular, bioquímica, genética - con la creciente posibilidad de manipular la herencia humana -, la ampliación de las investigaciones sobre variedades transgénicas - que amenazan con una creciente destrucción de la biodiversidad -, la creación de productos derivados de transgénicos para consumo humano, las terapias génicas, la utilización de técnicas de clonación en humanos, la investigación en embriones, etc, importan otras tantas áreas conflictivas que en definitiva sumergen a la sociedad en un debate profundo y serio en cuya trama se inserta el futuro de la humanidad y sus pobladores.

Es decir, lo que hasta hace muy poco tiempo se mantenía como *el paradigma que identificaba en general todo avance científico con un beneficio para la humanidad se ha venido abajo*, pues hoy día a raíz del desarrollo en áreas del conocimiento humano como la genética, y que tienen más directamente que ver con la misma vida humana, la situación de la neutralidad de la ciencia ha cambiado con respecto a sus consecuencias traducidas ya en la certeza de los efectos negativos que conlleva para el ser humano y el resto de la naturaleza, pues ya nadie pone en duda que si bien el avance tecnológico ha sido un

instrumento que históricamente ha permitido al hombre alcanzar importantes cuotas de satisfacción de necesidades y de disfrute de derechos, hoy día también conlleva un potencial riesgo para el mismo ser humano y su entorno.

Es en ésta coyuntura en la que surge una interrogante cuya respuesta tiene una trascendencia mayúscula para todos los seres humanos y en donde sin duda alguna ha de inscribirse la reflexión presente y futura en prácticamente todos los ámbitos del pensamiento; ¿Cómo conciliar entre los beneficios generados por el desarrollo de la ciencia sin limitar la investigación y el progreso intrínseco de ésta para el hombre y los riesgos intolerables para la humanidad toda?.

Si parte importante de la respuesta se encuentra en las normas jurídicas que componen un Ordenamiento jurídico, ello quiere decir que el Derecho ha de requerir conocer con suficiencia, qué, cuáles y cómo son las técnicas genéticas y reproductoras desarrolladas por el investigador para que, a partir de ahí, pueda apreciar con adecuada amplitud los resultados posibles que el avance científico produce, acotándolos, una vez realizada la correspondiente valoración entre los diversos intereses en juego, a través de la norma jurídica y a veces, cuando ello se justifique, a través de la norma jurídico penal.

En este contexto, con nuestro trabajo hemos pretendido extraer, derivar y conocer qué, cómo, cuáles y de dónde surgen los interés jurídicos recogidos por el Código penal español que se comprometen, a consecuencia del desarrollo de las técnicas de ingeniería genética y de la ingeniería reproductiva, y a partir de dicho conocimiento, realizar un análisis de *lega lata* y de *lege ferenda* de las figuras penales consignadas por el legislador en los artículos 157, 158, 159, 160, 161 y 162 del CPE de 1995.

Fijado el objetivo, parecía que la labor sería sencilla habiendo de concretarnos a tomar el CP en nuestras manos y, de la lectura de los tipos penales, proceder a señalar en qué consiste la acción, si existe un resultado y, principalmente, cuál o cuáles serían los bienes jurídicos que el legislador ha decidido tutelar a través de la creación de las concretas hipótesis delictivas, pues resulta evidente que todo análisis jurídico penal sobre cualquier figura delictiva requiere, indispensablemente, conocer o determinar el bien jurídico protegido o tutelado y la forma en que las distintas conductas humanas puedan ser eficaces para afectarlo.

No obstante, entrados ya en el estudio, entendimos que partir de las descripciones que realiza el Código penal para proceder a construir éste análisis terminaría siendo un proceso tautológico del cual difícilmente obtendríamos respuestas satisfactorias que nos ayudaran a esclarecer cuáles son los bienes jurídico penales que el legislador decidió proteger, y si son esas formas de manifestación de la acción humana las idealmente efectivas para producir su afección.

Por ello, consideramos que lo más apropiado metodológicamente para realizar dicho fin era que el proceso fuese a la inversa, sistematizando nuestro estudio a partir de un esquema que no partiera del Código penal sino que reconociera, en principio, las tendencias del Derecho penal actual y que considerara a su vez las normas administrativas de la materia, por cuanto que sólo así podríamos, coherentemente, determinar el objeto de protección, penal y no penal, dispensado por el legislador a través de la norma, y los bienes jurídicos que se han estimado dignos de la protección del Derecho.

Es decir, ello nos obligó a revisar los principios fundamentales del Derecho penal, siempre directamente vinculado a la función que el Estado asigne al Derecho punitivo - y que se extrae a su vez del modelo de Estado asumido -, así como las tendencias del mismo a proteger, cada vez más, a través de la configuración de tipos penales de peligro, principalmente abstracto, intereses de corte colectivo derivados de los constantes avances tecnológicos y científicos, en tanto representan bienes jurídicos dignos de protección supuestamente apreciados por la sociedad.

Efectivamente, como bien sabemos, los lineamientos actuales de la ciencia del Derecho penal liberal tienden hacia criterios de prevención más que de retribución por el hecho, tendencia que ha sido abordada por el Derecho penal a través de la creciente configuración de delitos de peligro, principalmente abstracto, en los cuales se busca adelantar el momento de la tutela o intervención del Derecho penal para evitar (prevenir) la afección del bien jurídico penal protegido; empero, ello no ha obstado para destacar que dicha técnica no se encuentra exenta de problemas y serios cuestionamientos doctrinales, principalmente por cuanto supone, según veremos, una serie de contradicciones entre su estructura y no pocos principios normativos del Derecho punitivo

De ésta manera, nuestro análisis debió partir del hecho indubitable de que el desarrollo técnico científico médico ha hecho posible la realización de conductas, hasta hace no muchos años, impensables y francamente sorprendentes, y que esas conductas referidas particularmente al desarrollo de la ingeniería genética y de la ingeniería reproductora, están estrechamente vinculadas en áreas específicas y particulares al ser humano - concretamente en el embrión humano no implantado, en el implantado y en el feto - y tendencialmente cercanas por su desarrollo natural, a toda una importante gama de intereses jurídicos.

La consecuencia inmediata de ello significó que debíamos conocer cuáles son las premisas básicas de la ingeniería genética y reproductiva, es decir; de qué tratan, en qué consisten, cómo se realizan, cuáles son sus resultados y sus consecuencias y, a partir de ahí, ello es, de sus resultados, hubo que apreciar qué y cuáles intereses jurídicos son los que aparecen implicados, pues sólo a partir de ese conocimiento, estimamos, seríamos capaces de inferir, digámoslo así, en un primer nivel de reflexión, cuáles son esos "intereses jurídicos" que se verían implicados. En otras palabras, de ese estudio pretendimos obtener, por llamarlo de alguna manera, las premisas básicas para la

consideración y valoración jurídica y que, en síntesis, se reducen al establecimiento de los criterios para valorar la licitud o ilicitud de la alteración genética con fines terapéuticos, de la experimentación e intervención en seres humanos, dependiendo su nivel de desarrollo, la clonación humana, reproductiva y no reproductiva a través de las diferentes técnicas que en teoría existen, el diagnóstico genético junto con sus consecuencias, la creación de quimeras e híbridos humanos e humano animal, etc.

Así, nos percatamos de que en la práctica de cada una de las distintas técnicas de ingeniería genética, entre cuyas finalidades está aquella orientada hacia la mejoría de la salud y a la reproducción humana, la incidencia sobre los distintos bienes jurídicos cambia y, obviamente, su valoración jurídica también.

Empero, la identificación de esos intereses jurídicos comprometidos como consecuencia del desarrollo de la biotecnología, no constituía razón suficiente para justificar su tutela jurídico penal, puesto que antes de asumir tal determinación resultaba indispensable confrontar dichos resultados - la determinación de un interés jurídico - con todos aquellos principios que guían el desarrollo del Derecho penal de nuestros días, principalmente en el ámbito de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el Español.

Consecuentemente, si bien es cierto que a nosotros interesa conocer cuáles han sido finalmente los bienes jurídicos penales que el legislador tuteló, no es menos cierto que imposible sería llegar a ellos sin seleccionar previamente - antes evidentemente de hablar de bienes jurídico penales - aquéllos todavía (en el primer nivel de reflexión) intereses jurídicos que se ven comprometidos a través de la práctica y puesta en marcha de un cúmulo de acciones que, en la mayoría de los casos son, ciertamente increíbles pero posibles, y en otros casos, afortunadamente minoritarios, también increíbles pero (aún) no realizables.

Entendimos pues, que no es posible pasar directamente y sin filtro alguno, de la selección de conductas que se desarrollan en el marco del desarrollo médico, científico, genético y reproductivo que podrían comprometer intereses jurídicos, ya sean de naturaleza colectiva o individual, al análisis sobre la configuración de los bienes jurídico penales reconocidos a través de la creación de las figuras delictivas correspondientes.

Por el contrario, estimamos que sólo y hasta en tanto los "intereses jurídicos" que podrían comprometerse, derivados de las acciones que ciertamente son realizables como consecuencia del desarrollo científico, fuesen confrontados con los principios básicos del Derecho penal y, junto con ellos, con los principios que deben regir y orientar al Derecho penal de un país definido constitucionalmente como un Estado Social y Democrático de Derecho, llegaríamos válidamente a la determinación de los bienes jurídicos penales tutelables, o en otras palabras, concretamente, de cuáles de todos aquellos "intereses jurídicos" merecen, dada su importancia, la máxima protección que cualquier

ordenamiento, y más aún el de un Estado como el definido por la CE, puede otorgar por conducto del Derecho penal.

Insisto, ello virtualmente justificó que nuestro estudio no pudiera prescindir, aunque sea de manera somera, de un análisis que nos recuerde hacia donde debe dirigirse un Derecho penal liberal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues sólo así podrían concretarse dogmáticamente las nuevas formas o los nuevos bienes jurídicos que las siempre cambiantes relaciones sociales han generado y para las cuales, el Ordenamiento jurídico, del cual el Derecho penal es sólo parte (aunque ello en ocasiones se olvide) debe precisar una respuesta expresada en un marco normativo adecuado.

Sólo hasta entonces, es decir, una vez determinadas las conductas potencialmente comprometedoras de ciertos intereses jurídicos, confrontadas a la luz de los lineamientos que, reitero, enmarcan al Derecho penal, alcanzamos a definir los bienes jurídicos tutelados y estuvimos en aptitud de pasar a la última parte de la investigación, analizando de lege lata las hipótesis delictivas trasladadas por el legislador del ámbito administrativo, al que encargó en un principio la exclusiva tutela de los intereses jurídicos y la sanción en caso de que estos se lesionasen o pusieran en peligro, al Código punitivo, realizando nuestras observaciones y sugerencias que, en todo caso, debieron ser reflejo de la investigación en su conjunto.

Ahora bien, dado que en la práctica totalidad de las técnicas de ingeniería genética el objeto sobre el cual se actúa puede ser, entre otros; los gametos, el embrión humano que aún no se encuentra anidado - principalmente in vitro -, el ya anidado, el feto y la persona, entendimos que para alcanzar el objetivo planteado era absolutamente imprescindible abordar la problemática que desde la perspectiva jurídica y jurídica penal se ha generado en torno a las aplicaciones y consecuencias de las técnicas genéticas y reproductoras en el preembrión, embrión, feto e incluso la persona humana, analizando la forma en que la vida humana en sus diferentes estadios biológicos es protegida por el Ordenamiento jurídico español y el momento preciso en que comienza esa protección.

Es decir, dado que la fecundación asistida, in vitro, de gametos humanos como medida terapéutica frente a la esterilidad ha dado lugar a que el cigoto generado extracorporalmente sea susceptible de un acceso directo y con ello de un cúmulo de conductas que, si bien en ocasiones podrán ser en su beneficio pero en otras, no sólo lo perjudicarán a él sino incluso a la especie humana en general, se ha generado la necesidad de identificar tanto las nuevas modalidades posibles de lesión a bienes jurídicos tradicionales, cuanto la imperiosa necesidad de precisar los nuevos valores e intereses de corte individual y colectivo que se estiman dignos de protección por el Derecho.

Para llevar a cabo lo anterior, observamos que el legislador se ha pronunciado por proteger al embrión humano "in útero" en cuanto vida humana sólo a partir del momento en que ha sido anidado, y que existe un periodo anterior a ese momento dentro del cual

podría suponerse que el Ordenamiento jurídico penal ha decidido no siempre intervenir y, aparentemente, no proteger.

Así también, al realizar un análisis de los diferentes textos legales que se relacionan con nuestro objeto de estudio, pudimos observar que el mismo Ordenamiento jurídico se decidió a limitar las actuaciones sobre el embrión no anidado in vitro, lo que obligadamente implicó que tuviéramos la necesidad de buscar el fundamento que el legislador utilizó para justificar, reitero, la limitación impuesta y que, indudablemente, constituye una cierta forma de protección.

En ese sentido, observamos que el embrión anidado y el embrión no anidado in vitro, presentan matices diferentes, pues según veremos, en el primer caso se protege al embrión en si mismo, mientras que en el segundo caso, a través de las limitaciones impuestas a la experimentación e investigación sobre ellos, la protección se encuentra, aparentemente, en la necesidad de proteger ciertos bienes jurídicos que a la sociedad importan y que trascienden al embrión en si mismo considerado, ya como bien jurídico individual identificado en la futura persona que el embrión no anidado, e inclusive anidado y feto representan, o como bien jurídico colectivo cuya protección importa a la sociedad en lo general. No obstante, también observamos, contrariamente, limitaciones jurídicas a su utilización e instrumentalización en las que difícilmente podría encontrarse como ratio legis el compromiso con otros bienes jurídicos ajenos a la figura misma del embrión humano en si mismo considerado.

De toda esta maraña pretendimos extraer una serie de premisas y conclusiones que nos permitieran, por un lado, distinguir, ante las diversas maneras de intervención sobre la realidad humana, las diferentes formas de protección, o lo que es igual, lo que se ha estimado se debe proteger y, por el otro, dependiendo de ello, identificar los bienes jurídicos que se ven comprometidos con la práctica de las técnicas de ingeniería genética e ingeniería reproductora, y verificar si, poniendo las cuestiones elementales que surgen del desarrollo de la ingeniería genética y de la ingeniería reproductora en contacto con los principios fundamentales del Derecho penal moderno, el legislador ha sido consecuente y respetuoso con los apogemas del Derecho penal, o por el contrario, si los ha incumplido.

En resumen, para conocer los bienes jurídicos incorporados por el legislador y para llegar al análisis crítico de los tipos penales relacionados con nuestro tópico, decidimos empezar por mencionar cuál debe ser la orientación y finalidad de la pena en un régimen político como el español; cómo vincula el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho a esa finalidad; cuáles son los principios que deben regir la creación de las normas penales de un Derecho penal moderno que se corresponda con el modelo de Estado adoptado; cuáles son los límites del ius puniendi; el papel que juega en ello el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; las razones que explican las tendencias del Derecho penal moderno hacia la creación de delitos de peligro como forma de tutelar bienes jurídicos colectivos; los efectos y consecuencias que ello ocasiona en los

principios del Derecho penal, en particular al principio de protección de bienes jurídicos y al principio de ofensividad; cuáles son, una vez descritas las técnicas de ingeniería genética o reproductora, los intereses jurídicos en conflicto que surgen de la realidad empírica; cuáles son las conductas que podrían afectar dichos intereses jurídicos; cómo, de lege lata, ha resuelto dicho conflicto el legislador creando los bienes jurídicos y, finalmente, si puede decirse que estas tendencias del Derecho penal fueron o están reflejadas en las conductas consideradas delictivas en los tipos penales correspondientes a los artículos 157 y 158 así como en el Título V del Código penal español y si ello se hizo respetando los principios que deben regular la creación de normas de naturaleza penal.

En otras palabras, a partir de las conclusiones que fuimos alcanzando, nos propusimos establecer cuáles son los bienes jurídicos que se lesionan con la práctica de algunas técnicas de ingeniería genética y reproductora para realizar un pormenorizado análisis y crítica a los tipos penales de los artículos 157, 158 así como de los contenidos dentro del Título V del Libro II del CPE, señalando, una vez determinado el qué y cómo se protegen por el Derecho positivo dichos valores y derechos, si con su práctica se afectan o no estos derechos; si el Ordenamiento legal español constituye un testimonio real de protección; si esos mismos derechos, bajo los principios guía del Derecho penal moderno, deben ser o no objeto de tutela penal, y; si conforme a las conclusiones alcanzadas, los tipos penales previstos actualmente en el Código Penal Español son o no realmente expresión jurídica de protección a los bienes jurídicos que están en juego frente al desarrollo y avance de la biotecnología.

Contra tu voluntad has nacido y contra tu voluntad morirás, pero vives gracias a tu libre arbitrio. El hombre ha nacido como un objeto y muere como un objeto, pero tiene la facultad de vivir como un sujeto, un creador, un innovador.

Pirke Avot. (Etica de los Padres)

CAPITULO I

Fundamentos básicos del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

I) EL DERECHO PENAL DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. FINALIDAD.

El Derecho penal constituye un medio de control social que tiende a evitar determinados comportamientos sociales apreciados por un marco social determinado como temibles o amenazadores de la convivencia mínima necesaria para el establecimiento básico de las condiciones sociales elementales requeridas para el desarrollo social. No obstante, no es menos cierto que el Derecho penal no es el único medio de control social que se ejerce a través de las normas jurídicas, sino que existen otras formas, de contenido jurídico, que tienden hacia esa misma finalidad. Luego entonces, es evidente que es al legislador a quien corresponde decidir o valorar qué conductas y sanciones han de reservarse al ámbito del Derecho penal y cuáles no.

Empero, si bien ello no es novedoso, pues el legislador es quien finalmente decide qué o cuáles relaciones sociales han de contenerse en un marco normativo regulador, lo que importa al Derecho penal y lo distingue o caracteriza del resto del ordenamiento u ordenamientos, son los criterios que guían a aquel codificador para discernir entre el comportamiento que ha de merecer una reacción de la mayor gravedad como supone el uso del ius puniendi, o bien, el empleo de normas y sanciones que por naturaleza resultan menos gravosas que las penales.

En palabras de MIR PUIG, "la determinación de la conducta delictiva y consecuentemente la aplicación de una pena son factores que deben evaluarse a través de criterios que atañen no sólo a la Ciencia jurídico penal y la criminología, sino al ámbito de la Política criminal..."¹.

Sin embargo, la Política criminal puede tender hacia múltiples direcciones, pues inevitablemente lo que condicionará su orientación es el modelo de Estado para el cual sirva. De ahí la relación simbiótica entre la pena y la Política criminal, pues al ser ésta uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para establecer sus normas jurídicas, su función dependerá de la que el Estado le asigne², ya que obviamente cada modelo de Estado supone una particular fundamentación del Derecho penal y de ahí, de la función o finalidad de la pena.

¹ MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte general*, 4ª Edición, Barcelona, 1996, pág. 6 - 10.

² Ver sobre ello; MIR PUIG, SANTIAGO: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Segunda Edición, Barcelona, 1982, pág. 15.

Por ello, no obsta recordar, ante la relación que ahora encontramos con la tendencia hacia la creación de delitos de peligro - principalmente abstracto - como forma de tutela de bienes jurídicos colectivos, las diferentes tendencias por las que han atravesado la teoría del delito y de la pena hasta llegar a nuestros días, atribuyendo a ésta distintas finalidades a partir, reitero, del modelo de Estado imperante.

En efecto, si hacemos memoria, el Derecho penal liberal atribuyó a la pena una doble función, tanto de prevención de delitos cuanto de retribución por el mal ocasionado a través de la realización de la justicia restaurada mediante través de la imposición del castigo punitivo. MIR nos recuerda como para KANT, la función de la pena no podría tener otra naturaleza que la retributiva, por cuanto que la pena no podía servir a la protección de la sociedad (ni por tanto a la prevención de delitos) al suponer ello que el castigo al delincuente se impondría en beneficio de la sociedad, con la consecuente instrumentalización del individuo; y como a partir de la atribución de ambas funciones, se llegó o evolucionó hasta un Derecho penal de un Estado Social llamado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, y que por propia definición no puede sino conferir a la pena el cometido de una función de prevención de lucha contra el delito³, entendido como un fenómeno existente en la realidad social, pero sometida a un control riguroso dada su gravosidad, de manera tal en que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena no debe convertirse en un fin en si mismo o al servicio de intereses minoritarios⁴.

Ello implica hablar de los límites del ius puniendi, pues si la idea del Estado Social y democrático legitima la función de prevención en tanto que es necesaria para proteger a la sociedad, entonces el Derecho penal debe estar orientado hacia el servicio del ciudadano miembro de la sociedad a la cual el Estado sirve. En otras palabras, si el Derecho penal en un Estado Social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos⁵.

Esto último es trascendente, pues es ahí en donde se cuestiona si los principios de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, el cual según observamos, concibe o justifica el uso del ius puniendi sólo en tanto que éste busque evitar la comisión de delitos, constituye un rompimiento con los principios básicos - clásicos - del

³ Ello puede observarse a través del artículo 23 de la CE el cual dispone que "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", precepto que, en opinión de Mir, sería incompatible con una concepción retributiva de la pena.

⁴ MIR PUIG: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ob cit, pág. 25 - 29.

⁵ De ahí se desprende que el principio de necesidad de la pena conduce al principio de exigencia de utilidad de la misma. Cfr; MIR PUIG: *Derecho penal , Parte general*, ob cit, pág. 88.

Derecho penal, específicamente el principio de ofensividad, por cuanto que si para dar cumplimiento al principio de ofensividad puede solo considerarse bien jurídico aquel que puede ser afectado o lesionado, la intervención que el Derecho penal reclama en un Estado así constituido debe ser anterior a la lesión o puesta en peligro⁶.

II) LIMITES AL IUS PUNIENDI. PRINCIPIOS QUE LO FUNDAMENTAN.

Luego entonces, ¿cuáles son las limitaciones al ejercicio del poder punitivo del Estado, o mejor dicho, en dónde se encuentran los límites al ejercicio de éste poder?. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO no duda en señalar que las limitaciones al ejercicio punitivo del Estado las marca la Constitución⁷ de manera tal que las leyes penales no pueden amparar intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución, ni tampoco pueden proteger aquellos otros que siendo constitucionalmente viables, reciban ya una tutela efectiva por conducto de otras ramas del Derecho.

De esta afirmación podemos recoger una clara alusión al principio de subsidiariedad y al carácter fragmentario del Derecho penal por cuanto que éste resultaría innecesario para proteger a la Sociedad en tanto que ello pudiese conseguirse también a través de otros medios menos lesivos para el individuo. Así, sólo habrá que acudir al Derecho penal como ultima ratio para proteger los intereses sociales cuando se hayan agotado otros medios menos lesivos y estos hayan resultado insuficientes e ineficaces, lo cual a su vez implica que el Derecho penal no puede intervenir para proteger todas las conductas lesivas de bienes jurídicos que un Estado Social y democrático esta obligado a tutelar, sino que sólo estará legitimado para actuar respecto de aquellos supuestos o modalidades de ataque que resulten más peligrosos⁸.

Así entonces, en tanto que la Constitución supone la “constitucionalización de un modelo valorativo”, la elaboración dogmática del ius puniendi debe estar orientada a través de la función atribuida a la pena, constituyéndose por tanto dicha función como la premisa valorativa que deberá orientar e inspirar al Derecho penal. Y dado que en un modelo de Estado como el español, la pena esta llamada a desempeñar una función de

⁶ Sobre ello nos ocuparemos en el momento de estudiar las tendencias actuales del Derecho penal hacia la tipificación de delitos de peligro como forma de tutela de bienes jurídicos colectivos, y una vez que hallamos determinado el concepto y límite del bien jurídico.

⁷ DE TOLEDO Y UBIETO, OCTAVIO: “Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, Fascículo I, enero - abril. MCMXC, pág., 9.

⁸ Sabemos de sobra que estos principios, junto con el principio de legalidad, integran el principio de intervención mínima.

regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio⁹, no cabe duda que ello supone conferirle una función preventiva respecto de hechos que atenten contra los bienes de los ciudadanos¹⁰.

En consecuencia, si la función de la pena es la prevención de los delitos, la finalidad de un Derecho penal que se corresponda con el fin preventivo de la pena, supone que la norma jurídico penal ha de servir también para motivar al conjunto social para que no cometan delitos. Es decir, en ningún caso mejor dicho que en las palabras de MIR PUIG, "las conductas a las que la ley señala una pena no son sino comportamientos que la misma desea evitar de la sociedad..... siendo preciso que se trate de una conducta evitable mediante la motivación normativa. Un Derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar...El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto de él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado Social"¹¹.

Lo anterior nos conduce a afirmar que si bien todo el Ordenamiento jurídico está llamado a proteger intereses jurídicos que le importan a la sociedad, dentro de todo ese conjunto las normas jurídico penales, cuyo límite se encuentra en los valores que protegen, sólo pueden tutelar una serie de ataques a bienes altamente valorados por el Estado por cuanto son indispensables para el funcionamiento y desarrollo de las condiciones sociales¹², o dicho esto mismo en palabras de Kaufmann, "la meta suprema de la pena es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales de la convivencia social"¹³.

⁹ Ello a través de un Derecho penal que, independientemente de la función intimidatoria que esta llamado a desempeñar vía prevención especial, está fundado en la idea de una función de prevención general que sirva para afirmar los valores que la sociedad estima indispensables para su normal desarrollo.

¹⁰ Así; MIR PUIG: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ob cit, pág. 16 - 34 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pág. 47.

¹² Lo que viene a significar en términos de OCTAVIO DE TOLEDO, que el Derecho penal deja de ser un instrumento estático para convertirse en uno dinámico, pues ahora, el Estado ya no crea mediante el Derecho los intereses a tutelar jurídico penalmente, sino que los recoge de esa realidad preexistente. Cfr; DE TOLEDO Y UBIETO: "Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", ob cit, 13.

¹³ KAUFMANN, ARMIN: "La misión del Derecho penal", *La reforma del Derecho penal II*, Jornadas hispano alemanas sobre la Reforma del Derecho Penal, Edición de Santiago Mir, 1981, pág. 10.

Hablamos pues de la aparición del bien jurídico penal y, con él, de otro principio elemental del Derecho penal que fundamenta el límite al ejercicio punitivo del Estado, en este caso, Social y democrático de Derecho. Su exclusiva protección.

Consecuentemente, podemos sintetizar lo antes dicho precisando que el Derecho penal en un Estado como el español está llamado a prevenir a través de la norma penal concebida para tal fin, la comisión de hechos delictivos como una forma de protección de la sociedad. Sin embargo, ello no significa que todo aquello que interesa o interés jurídico que importa deba ser considerado un bien jurídico penal, o que cualquier forma de ataque a aquellos que si lo sean merezcan la intervención del Derecho penal.

Obviamente, es esa precisamente la labor más importante en la creación de las normas penales; determinar qué interés jurídico puede alcanzar la categoría de bien jurídico penal y, una vez determinado, cuál necesita una protección como la que ofrece el Derecho punitivo frente a la conducta que constituye un ataque inaceptable para aquel. En otras palabras, ¿qué es un bien jurídico penal?

Una aproximación a la respuesta puede surgir aplicando los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal en tanto se pongan en contacto con aquellos intereses que se consideren condiciones para el desarrollo de la vida social, "en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social"¹⁴. De esta manera, el Derecho penal no puede sino tutelar en exclusiva aquellos intereses surgidos de la realidad social en tanto que su no afección resulta indispensable para el continuo desarrollo social.

Por lo tanto, en un Estado Social y Democrático de Derecho, esta función específica de la norma penal, a la cual llamamos - exclusiva protección de bienes jurídicos - debe constituir un fundamento y al mismo tiempo debe trazar un límite permanente al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Dicho en otras palabras, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos está llamado a desempeñar una doble función que podemos concretar señalando por un lado que; debe impedir que el poder punitivo del Estado ampare jurídico penalmente intereses que no comprometan las condiciones de desarrollo de la sociedad y, por el

¹⁴ MIR PUIG: *Derecho penal, Parte general*, ob cit, pág. 92 y ss. Así entendido, para este autor, el bien jurídico es expresión de una relación dialéctica de realidad y valor, por tanto que un Derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela valores en sí mismos sino realidades concretas, de manera tal que el sentido funcional en que los bienes importan al Derecho penal como bienes jurídicos, esta dado en la medida en la que condicionan las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales.

otro, a su vez debe obligar al Estado a otorgar mediante normas punitivas, la protección penal de aquellos intereses que resulten indispensables tutelar.

Pero ¿cumple realmente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con esa doble función de límite y fundamento del ius puniendi?

El que los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominen bienes jurídicos, no obsta, como ya antes hicimos alusión, a que todo bien jurídico haya de ser protegido por el Derecho penal¹⁵.

Precisamente, HASSEMER ha destacado la tendencia actual del Derecho penal a criminalizar un cúmulo de conductas, señalando cómo este proceso ha tendido a la inversa¹⁶, ya que anteriormente se recurría a la protección de los bienes jurídicos como requisito para la desincriminación dado que el legislador sólo podía establecer una pena para aquello que efectivamente amenazara un bien jurídico. "Dentro de este contexto, la misión del principio del bien jurídico consistía en la exigencia al legislador de explicar un sustrato empírico (justamente bienes jurídicos) como fundamento para establecer o bien para suprimir, amenazas penales"¹⁷.

Por ello, afirma sin lugar a la duda que el principio del bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena, (función de fundamento) en tanto que si bien una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria para criminalizarla, ello no significa que sea una condición suficiente por tanto que se contraponen principios orientados a la limitación de la punibilidad¹⁸.

¹⁵ Así; MIR PUIG: *Derecho penal, Parte general*, ob cit, pág. 91. Para Hassemer, el bien jurídico tiene una función sistemática como criterio negativo de criminalización por cuanto que sólo puede constituir un hecho típico la lesión de la libertad asegurada por el contrato social. Cfr; HASSEMER WINFRIED: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLV, Fascículo I, enero - abril 1992, pág. 238.

¹⁶ Provocándose que el principio de protección de bienes jurídicos se haya transformado de un principio negativo - a uno positivo de criminalización, conduciendo a una demanda de criminalización. Véase; HASSEMER, WINFRIED: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", ob cit, pág. 239 - 240.

¹⁷ HASSEMER, WINFRIED: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, abril - septiembre - 1989, año 12, Buenos Aires, Argentina, pág. 277.

¹⁸ HASSEMER, WINFRIED: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", ob cit, pág. 278. Sintetiza esos principios en lo que el denomina "la formalización de la administración de justicia", entre los cuales se incluyen el principio de subsidiariedad y otros más. En la misma dirección, para BUSTOS RAMÍREZ, tanto el principio de necesidad de la intervención, el principio de legalidad (como límite formal) y el principio de protección de bienes jurídicos, constituyen los tres límites materiales del

De esta manera, estos principios a los que ya antes nos hemos referido¹⁹, condicionan (limitan) la libertad del legislador por cuanto que éste sólo puede garantizar la protección de los bienes jurídicos dentro límites estrechos y con medios específicos, cumpliendo con la función de imponerle una barrera que por lo menos le dificulte al codificador la adecuación precipitada del Derecho penal a los intereses de la política criminal²⁰.

Esto mismo en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO significa que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sólo adquiere pleno significado si se circunscribe a los fundamentos y finalidades del propio Estado Social y Democrático de Derecho, y cuando acoge los otros dos principios regidores de la legislación penal; el de subsidiariedad y el de fragmentariedad²¹, de manera tal que en la determinación acerca de la protección punitiva de nuevas realidades sociales no se produzca un detrimento al principio de intervención mínima, lo cual se traduce en la no inmiscusión punitiva en áreas vedadas al Derecho penal (como la moral o el mínimo control respecto del ejercicio de las libertades de expresión, reunión, asociación) así como en la incriminación de conductas dirigidas a impedir o restringir gravemente las posibilidades reales de disfrute de esos derechos.

Es decir, hay que dotar de contenido material a los bienes jurídicos con la finalidad de obtener criterios validos que permitan exigir del Estado deparar protección penal a ciertos intereses, y a no otorgársela a otros²².

Ciertamente, si bien en principio podríamos coincidir en que la cuestión no reside en la aceptación o negación del principio según el cual el delito se define como la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico (principio de ofensividad), en realidad lo que el Derecho penal reclama, principalmente a consecuencia de la tendencia criminalizadora que ahora analizaremos, es encontrar o dotar de contenido material al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de manera tal que pueda, efectivamente, servir no sólo como fundamento del ius puniendi, sino como efectivo límite a la actitud criminalizadora que en nuestros días embriaga al legislador.

ius puniendi. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª Edición, Editorial PPU, Barcelona, 1994, pág. 95 y ss.

¹⁹ Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal.

²⁰ HASSEMER, WINFRIED: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", ob cit, pág. 279.

²¹ DE TOLEDO Y UBIETO: "Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", ob cit, 15.

²² Ibídem, pág. 17.

Ya antes señalamos que el problema fundamental que afecta a la teoría del bien jurídico es el de decidir qué bienes deben integrar el ámbito de la protección penal, y es ésta una tarea que ha resultado, ahora más que nunca, impostergable ante el advenimiento dentro de la legislación penal moderna de la criminalización de delitos de “víctimas difusas” en los cuales el legislador penal está desplegando su actividad reguladora²³, siendo ello el detonante que ha llevado a la búsqueda y establecimiento de criterios materiales que permita, ante la tendencia actual, “individualizar el concepto de bien jurídico”²⁴, ello es, responder a la interrogante planteada infra de qué es un bien jurídico penal.

III) CRISIS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COMO PRINCIPIO LIMITADOR DEL IUS PUNIENDI FRENTE A LAS TENDENCIAS TIPIFICADORAS DEL DERECHO PENAL MODERNO.

Los procesos de modernización y avance tecnológico llevan aparejados siempre una serie de efectos o consecuencias que, en tanto riesgos para los intereses sociales, el Derecho debe buscar evitar que se produzcan, pero sin impedir al mismo tiempo que el desarrollo tecnológico y científico tenga lugar. “¿Como pueden los riesgos y amenazas, coproducidos sistemáticamente en los procesos de modernización, evitarse, minimizarse, dirigirse, encauzarse y allí donde surgen en forma de “efectos secundarios latentes” ser limitados y distribuidos de tal suerte que no impidan el proceso de modernización ni traspasen los límites de lo exigible?”²⁵.

HERZOG considera que la tendencia hacia la creación de delitos de peligro abstracto puede interpretarse como una respuesta a esa interrogante, aunque reconoce que el Derecho penal de peligro supone una respuesta muy limitada, además de arriesgada, por cuanto que intentar producir determinados cambios sociales a través de la intervención jurídica puede generar la indiferencia recíproca entre Sociedad y Derecho, y la desintegración social a través del Derecho, y del Derecho a través de expectativas excesivas de la Sociedad generadas por un Derecho penal que opera bajo

²³ HASSEMER WINFRIED: “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, ob cit, pág. 279.

²⁴ Utiliza esa expresión PERIS RIERA, JAIME MIGUEL: *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)* Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 93.

²⁵ HERZOG, FÉLIX: “Límites del Derecho Penal para controlar riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)”, Poder Judicial Nº 32, 1993, pág. 80.

la presión económica, política u otras más que son ajenas a los fundamentos del Derecho penal liberal²⁶.

Por su parte, HASSEMER afirma que las modernas opciones de la ciencia del Derecho penal dejan a un lado el mensaje de la teoría del bien jurídico y duda de su capacidad para realizar aportes significativos al desarrollo del Derecho penal por cuanto que la tendencia actual se orienta hacia la criminalización o conformación de delitos tales como la economía, el medio ambiente, etc, a través del instrumento de los delitos de peligro abstracto, lo que para él significa un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad por tanto que, en lugar de observar una víctima visible, un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño, ahora la punibilidad depende solo de la comprobación de una conducta peligrosa. "Desde el punto de vista del bien jurídico esto significa una disolución del concepto; el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor"²⁷, de manera tal que ahora el concepto de bien jurídico solamente podrá funcionar en la medida en que ellos (los bienes jurídicos) estén descritos en forma concreta.

En efecto, en este ámbito donde la renovación del Derecho penal ha tenido lugar, **el legislador, a fin de concretar la intervención en las nuevas áreas de desarrollo científico, incorporando nuevos tipos penales, ha recurrido a la creación de tipos de peligro**, principalmente abstracto, pero lo ha realizado **a través de la configuración de bienes jurídicos colectivos** estructurados normativamente en términos especialmente vagos y amplios²⁸. Así, **"el problema frente a la asociación entre bienes colectivos y delitos de peligro abstracto, como medio supuestamente necesario para su**

²⁶ En consecuencia, para HERZOG, el Derecho penal de riesgo, como parte de una política que pretende controlar las situaciones de riesgo de la sociedad moderna a través de la regulación jurídica, es incompatible con la tradición liberal del Derecho penal, y puede repercutir negativamente en la autorregulación social de riesgo y daña la autoridad social del Derecho penal por tanto que atenta contra sus principios fundamentales. Cfr; HERZOG, FÉLIX: "Límites del Derecho Penal para controlar riesgos sociales", ob cit, pág. 82 y ss.

²⁷ HASSEMER, WINFRIED: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", ob cit, pág. 279.

²⁸ No obstante, como lo destaca SILVA SALCEDO, debe recordarse que antes ya el Derecho penal tipificaba delitos de peligro, inclusive abstracto, que comprendían delitos que tutelaban bienes jurídicos colectivos, (la fe pública, la administración de justicia) de manera tal que la tendencia hacia ésta forma o técnica de tipificación no son instrumentos de intervención novedosos, sino que lo que ahora resulta anómalo es la masiva expansión e indiscriminada utilización por parte del legislador ordinario. Cfr; SILVA SALCEDO, PAULINA: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*. Tesis Doctoral. Deusto, 1998, pág. 474.

protección, es que se carece de parámetros para criticar un tipo penal por su excesiva amplitud²⁹.

Ello quiere decir, que el desarrollo de los delitos de peligro, cuya característica principal, según analizaremos, reside en la anticipación de la tutela penal o, a contrario sensu, en el alejamiento de la tutela del momento concreto de la lesión, proyecta y produce sus principales efectos o consecuencias en las elaboraciones sobre el bien jurídico, debido principalmente a que, en opinión de MENDÉZ RODRÍGUEZ, la creación indiscriminada de delitos de peligro abstracto y la utilización preponderante de los mismos en relación con los bienes jurídicos colectivos, han producido un desvanecimiento del concepto de “bien penal”, como criterio axiológico de orientación o delimitación de la selección penal, “convirtiéndose por ese motivo los delitos de peligro en piedra de toque para afirmar o desestimar su utilidad crítica y para mantener o desechar éste concepto como centro de la construcción penal y como punto de partida para el análisis dogmático del delito”³⁰.

En otras palabras, dado que en el ámbito de los delitos de peligro, cuya tutela está referida a bienes jurídicos colectivos, el concepto y/o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no sólo no ha servido u operado como limite a la penalización legislativa, sino que ha constituido un criterio que ha demandado la intervención punitiva del Estado, trayendo aparejado una explosiva criminalización, puede entonces afirmarse que el Derecho penal requiere, ante la imposibilidad de crear un concepto de bien jurídico que permita el desarrollo de una función crítica y de selección de intereses jurídicos penalmente tutelables, buscar nuevos criterios que orienten efectivamente al legislador en la selección de bienes jurídicos penales³¹.

En relación a ello, SILVA SALCEDO destaca tres factores que a su juicio explican la tendencia a la utilización (abuso) del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos para la creación de nuevos tipos penales, ello es, como fundamento de criminalización.

En primer lugar, considera que no debe olvidarse el antecedente histórico en que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos surgió, constituyéndose tanto como garantía y límite al ejercicio del ius puniendi del Estado, pero al mismo tiempo en su fundamento y legitimación, de forma tal que la tendencia a demandar criminalización

²⁹ SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*. ob cit, pág. 204.

³⁰ MENDÉZ RODRÍGUEZ, CRISTINA: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 7.

³¹ De este parecer; MENDÉZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 10 y 11.

respecto de aquellas conductas que afectan bienes jurídicos es una actitud propia de las funciones del principio como fundamento de la intervención penal³².

Como segundo factor que explica la utilización del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio de criminalización, sitúa el contexto histórico actual en el que el desarrollo científico, tecnológico, económico, etc, ha provocado la aparición de nuevas modalidades lesivas para bienes jurídicos tradicionales y el surgimiento de nuevos bienes jurídicos.

Finalmente, un tercer factor que para ella explica la utilización del principio de protección de bienes jurídicos como fundamento criminalizador, y que para nosotros resulta el más importante, lo identifica en las dificultades para determinar su contenido. En pocas palabras, la falta de contenido del principio explica su indiscriminada utilización.

Así entonces, no falta razón cuando se afirma que el principal problema es que no se sabe lo que se debe entender por un bien jurídico digno de protección penal, y que la única alternativa, si es que el Derecho penal aspira a seguir utilizando éste principio como punto de partida, tanto para la revisión dogmática que aluda a los objetivos que de hecho protege la norma, cuanto de Política criminal estableciendo limitaciones al Derecho punitivo del Estado, es dotando a éste principio de un contenido material a través, según ya antes enunciamos, del contacto con el resto de principios que con la finalidad de limitar el ejercicio del ius puniendi, han sido elaborados por la doctrina penal.

En efecto, ahora más que nunca, dotar de contenido al concepto de bien jurídico resulta indispensable frente a la gran cantidad de tipos penales que optan por adelantar la criminalización a fases anteriores a la lesión del bien jurídico - delitos de peligro - pues si estos se definen por el tipo de afección ocasionado al bien jurídico, "es imprescindible comenzar estudiando el contenido de aquello que se constituye precisamente en el término de referencia de dicha afección"³³, sin desconocer

³² SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 207 - 208. No obstante ello, la misma autora destaca que la presencia de un bien jurídico no es razón suficiente sin más para la intervención del Derecho penal, sino que será necesario realizar la selección, dentro de los bienes jurídicos, de aquellos de mayor relevancia y la determinación de los comportamientos lesivos más graves para ellos.

³³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. XIX. Para esta autora, son los delitos de peligro y su utilización prioritaria en la protección de bienes jurídicos colectivos, uno de los motivos principales para la búsqueda de criterios que resulten más seguros en la orientación de la incriminación penal, sobre todo ante la evidencia ya destacada de que el bien jurídico no ha servido para propiciar una labor de limitación coherente del ámbito de lo punible.

adicionalmente, dentro de la importancia de dicha concreción material, que en virtud precisamente de que el bien jurídico constituye el término de referencia del concepto de peligro, y siendo que éste se utiliza para legitimar o rechazar desde el bien jurídico la oportunidad de tutela, que su concreción también servirá para proporcionar las claves necesarias para analizar las implicaciones del principio de ofensividad en los delitos de peligro³⁴.

Así pues, antes de pasar al desarrollo del análisis de los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, detengámonos y veamos los distintos intentos doctrinales que se han realizado para dotar de contenido material al concepto de bien jurídico.

IV) BÚSQUEDA DE CONTENIDO MATERIAL DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PENAL.

Para estar en aptitud de dotar de contenido el concepto de bien jurídico hay que retomar la idea expresada en líneas anteriores cuando señalamos que un Derecho penal correspondiente a un Estado Social y Democrático de Derecho está llamado a la prevención de lucha contra el delito, lo cual requiere que a éste lo entendamos como un fenómeno existente de la realidad social, y por tanto, esencialmente dinámico por cuanto incide sobre una realidad previa de la cual aparta el o los objetos de protección criminal³⁵. Y si el delito y el bien jurídico tienen esa naturaleza activa³⁶, podemos coincidir en que no existe inconveniente en concebir también una Política criminal dinámica pero a la vez respetuosa de los principios tantas veces aludidos del Derecho penal, cuando se requiera en circunstancias específicas, de la ampliación del ámbito de la punibilidad³⁷.

³⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 8. Por ende, el principio de ofensividad se constituye en un punto neurálgico del concepto de peligro abstracto.

³⁵ En ese sentido, para BUSTOS RAMÍREZ: *"Manual de Derecho penal, Parte General*, ob cit, pág. 100 y ss, lo que el Derecho penal protege son relaciones sociales y dinámicas que nacen de la propia relación social y del proceso dialéctico que dentro de la sociedad tiene lugar. De la misma manera para MÉNDEZ RODRÍGUEZ el Derecho penal protege relaciones sociales dando respuesta a conflictos sociales, siendo esta interrelación entre la relación social y la relación social conflictiva la que proporciona la dimensión dinámica del bien jurídico. Cfr; *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 25.

³⁶ No obstante, lo anterior parecería que podría matizarse si consideramos que al ser el bien jurídico una referencia a una realidad social que la norma aparta y recoge para su protección, es entonces esa realidad o condición social la que contiene ese esencial dinamismo y no el bien jurídico en cuanto que éste sólo expresa la valoración de la condición social que selecciona.

³⁷ De esa opinión; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 222.

Ahora bien, es a partir de ello y a través de la formulación de una serie de teorías que a continuación brevemente exponemos, la forma en que la doctrina ha pretendido encontrar las raíces del concepto de bien jurídico, o mejor dicho, su contenido material.

1. TEORÍA ESPIRITUALISTA DEL BIEN JURÍDICO. Para ésta teoría, el contenido del bien jurídico es valorativo por cuanto que los bienes jurídicos son los valores culturales constatables en una sociedad determinada. Empero, de hecho esta teoría no señala nada sobre la realidad en que el conflicto social se desarrolla y a la que el Derecho penal debe procurar una respuesta normativa. “La consideración del bien jurídico como valor carece de fundamentación necesaria para construir un límite a la penalización que permita una crítica del sistema”³⁸.

2. TEORÍAS SOCIALES: Para estas teorías, también llamadas “funcionalistas” sólo pueden ser objeto de tutela penal aquellas condiciones necesarias para la conservación de un determinado orden social, traduciendo por ende el concepto de bien jurídico en el de daño social. El desarrollo de esta teoría llevó inclusive a prescindir del principio de exclusiva protección del bien jurídico como criterio de fundamentación del ejercicio del ius puniendi respecto de acciones que resultasen disfuncionales para el sistema social, debido a que, precisamente, el concepto de bien jurídico no ha servido como base y/o límite a la función legislativa.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ destaca que los inconvenientes derivados de las teorías sociales se centran tanto en la función limitadora del concepto de bien jurídico, como en la fundamentación del mismo³⁹. Por lo que a la primera se refiere, ha sido ROXIN quien ha destacado la inutilidad de la dañosidad social como criterio limitador de la punibilidad, por cuanto que ello llevaría fácilmente a garantizar ciertos y determinados valores cuya vulneración - que en nada menoscaba el ámbito jurídico - puede ser favorable para el funcionamiento del conjunto del sistema social. Es decir, su principal crítica estriba en que una posición así podría llevarnos, otra vez, hacia un Derecho

³⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 13. También en contra de esta conceptualización se pronuncia Mir, para quien los bienes jurídicos no pueden identificarse conceptualmente con su substrato sino hasta en tanto se les contemple no sólo como realidad empírica sino atendiendo a su valor funcional, de manera que los bienes son las cosas más el valor que se incorpora. Por lo tanto, considerar al bien jurídico como valor implica la necesidad de distinguir entre el concepto mismo de bien jurídico y su sustento, espiritualización que conduce a la evaporación del concepto al privarle de la referencia a los objetos existenciales que el Derecho penal desea proteger. Cfr; MIR PUIG: *Derecho penal, Parte general*, ob cit, pág. 135 y ss.

³⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 19.

penal en que las condiciones de la existencia social justificaría prescindir de aquellos seres humanos que llegasen a estorbar para el "correcto funcionamiento del sistema"⁴⁰.

En relación a aquellos inconvenientes que se desprenden de fundamentar la punibilidad vía el concepto de daño social, la crítica se centró en el peligro que encierra limitar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado en la sola idea de la disfuncionalidad del sistema social sin tomar en cuenta al individuo. Sin embargo, la formulación de esta teoría fue capaz de replantear metodológicamente su perspectiva, manteniendo el concepto de función o disfunción social, pero intentando proyectar el contenido del bien jurídico en el individuo, a efecto de obstaculizar y limitar el uso del Derecho penal de forma desviada.

De esta manera, si el Derecho protege la estructura social entendida como red de distribución de posibilidades de participación recíprocas en los sistemas sociales, *los bienes jurídicos no son sino aquella estructura social y las posibilidades de participación que supone*⁴¹.

Al referirse entonces al individuo, estas ideas pueden constituir un criterio orientador y limitador respecto a los bienes jurídicos individuales, más sin embargo el inconveniente consiste en la falta de determinación o definición del término "sistema social", de modo tal que la aportación fundamental de las teorías del daño social - sistema social - opina la citada autora, consiste en que el núcleo de protección se refiere al individuo en sí mismo.

Por consecuencia, MÉNDEZ RODRÍGUEZ se afilia a la posición de BUSTOS RAMÍREZ⁴² el cual sitúa el estudio del bien jurídico en el análisis de los conflictos sociales pero sin confundir bien jurídico con sus presupuestos, ya que si lo que le interesa al Derecho penal es proteger ciertas relaciones sociales, las raíces del bien jurídico no pueden estar en el campo del Derecho, sino en el de la realidad social⁴³.

⁴⁰ ROXIN, CLAUS: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pág. 21. Por tanto, define los bienes jurídicos como aquellos estados o condiciones valiosas e imprescindibles para una existencia común. También MIR PUIG critica la idea de limitar el ius puniendi del Estado por la sola idea de la disfuncionalidad de la estructura social, por el riesgo de que ello conlleve a que sólo se tomaran en cuenta las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo. Véase; MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pág. 138.

⁴¹ MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, ob cit, pág. 134. Del mismo: *Derecho penal, Parte general*, ob cit, pág. 93 y 94.

⁴² Y yo añadiría que también a la de MIR PUIG.

⁴³ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor del acto y de resultado)* Control Social y Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona, 1989, pág. 166 y ss.

Consecuentemente, si el Derecho protege relaciones sociales dando respuesta a conflictos sociales, lo que está realizando es juridificando una solución determinada a ese conflicto. Y dado que como al Derecho penal no le interesa solucionar aquellas relaciones que no representan un conflicto, es esa idea de relación social y de relación conflictual la que proporciona la dimensión dinámica del bien jurídico⁴⁴, y que permite abarcar bajo un mismo concepto dos realidades con ámbitos distintos pero con un mismo contenido: el bien jurídico individual y el bien jurídico colectivo, concibiéndose entonces el bien jurídico como una síntesis normativa, ello es, una solución jurídica a un conflicto social⁴⁵.

En función de ello, HASSEMER insiste, precisamente, que ante los tiempos de alta complejización social que se viven, la respuesta que el Derecho penal debe otorgar se centra en las teorías con orientación personal, de modo que “para la teoría del bien jurídico esto fundamenta la necesidad de realizar elaboraciones teóricas acerca del desarrollo de las estructuras sociales y de los problemas sociales, sin renunciar con ello a la tradición personal de la teoría..., tradición que consiste en funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses conciliados del individuo”⁴⁶.

Consecuentemente, el concepto personal de bien jurídico, frente a la tensión entre los intereses del individuo, la sociedad y el Estado, se entiende como la protección de intereses humanos de manera tal que la protección a las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que sea condición de la posibilidad de protección de la persona. Con ello, el autor quiere señalar que un concepto personal de bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, (colectivos) sino que los funcionaliza desde la persona, ello es, que sólo puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre⁴⁷.

No obstante, aún con ello, es decir, definiendo al bien jurídico como una síntesis normativa que recoge un conflicto social vía la ponderación de intereses, concediendo preponderancia a uno sobre otro, estas teorías no responden (y por ende no proporcionan los criterios necesarios de delimitación) si toda relación social conflictual

⁴⁴ O en palabras de Hassemer, lo bienes jurídicos no se elaboran en un laboratorio, sino en la experiencia social. Cfr; HASSEMER WINFRIED: “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, ob cit, pág. 283.

⁴⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 25.

⁴⁶ HASSEMER, WINFRIED: “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, ob cit, pág. 281.

⁴⁷ *Ibíd*em, pág. 282.

ha de ser sintetizada y/o considerada un bien jurídico, o en su caso, porque un determinado conflicto social, ya ponderado normativamente, debe o no ser protegido por el Derecho penal. Expresado esto último de otra manera, los criterios de la teorías sociales, complementados incluso por una concepción personal, no son suficientes para diferenciar aún entre el conflicto social que requiere regulación normativa y el que no, ni entre un bien jurídico y un bien jurídico penal.

3. TEORÍAS CONSTITUCIONALES. Es verdad que a diferencia de las otras teorías, la utilización de las teorías constitucionales para intentar otorgar un contenido al bien jurídico y con ello un límite a la selección de bienes jurídicos para su tutela penal, tienen la bondad de partir del Derecho positivo y no, por decirlo de alguna manera, del "Derecho dogmático".

Dentro de las teorías constitucionales podemos distinguir entre la teoría estricta y la teoría amplia del bien jurídico, diferenciándose entre si por el hecho de que la primera persigue la individualización del bien jurídico a partir de la Constitución, entendiendo que sólo en ella pueden encontrarse los concretos objetos de tutela por cuanto que ahí se contienen las bases de la estructura social en un momento determinado, equiparando entre valores, principios constitucionales y bienes jurídicos, mientras que la segunda no exige ésta correspondencia exacta más si una adaptación genérica de los bienes jurídicos al sentir constitucional.

Es decir, se busca que la Constitución establezca límites al ius puniendi a través de la imposición de un límite al legislador ordinario por cuanto que éste no puede sino concretarse a seleccionar de entre los valores reconocidos previamente y en un momento histórico determinado por la Constitución, que merecen protección penal, o en su caso, para despenalizar aquellos que no son relevantes desde la perspectiva constitucional, deslindando los ámbitos penal y administrativo para depositar en éste último la protección de los bienes que no puedan reconducirse a la Constitución⁴⁸.

"En síntesis, las teorías constitucionales exigen como requisito sine qua non, para encontrarse frente a un bien jurídico con relevancia penal, que éste sea reconducible a la Constitución, ya sea a través de una correspondencia exacta, ya sea a través de una adaptación genérica"⁴⁹.

Por ende, según estas teorías, es necesario elaborar un contenido material del bien jurídico concomitante a los valores preexistentes en una sociedad que se

⁴⁸ Así; GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: "Bien Jurídico y Constitución - Bases para una teoría", Madrid, 1983, pág. 33-35.

⁴⁹ SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 248.

encuentran a través del marco constitucional, produciéndose así la equiparación entre valor constitucional y bien jurídico penal, lo cual consideran se justifica “porque la Constitución es la única vía para vincular al legislador ordinario ante el peligro de perversión del bien jurídico....la variabilidad histórica que el desarrollo social determina en lo que se refiere tanto a la significación de un determinado valor en un momento dado, como a su significado dentro de la escala jerárquica de los mismos y su conexión con la estructura social y las condiciones de existencia humana, hacen que su trascendencia varíe de la misma forma que cambian históricamente las condiciones del sistema en que se inscribe”⁵⁰.

Ahora bien, las críticas a estas teorías no han sido pocas por cuanto se considera que con ello se condena al inmovilismo jurídico, impidiendo la posibilidad de proteger bienes jurídicos que ni expresa ni implícitamente están reconocidos en la Constitución, propiciando a su vez imposibles operaciones de absorción e incorporación de bienes jurídicos nuevos a otros ya reconocidos constitucionalmente para permitir su tutela. Es decir, si “se estima a la Constitución como paradigma de los valores estimados como más importantes en una sociedad, lo que implica el reconocimiento de la perfección del sistema como apto para producir una equiparación prácticamente matemática”⁵¹, significa abandonar y renunciar a la tutela dinámica de relaciones sociales conflictivas, imposible en un modelo de Estado que, como el Español, no puede, porque no se lo permite la propia Constitución, condenar no sólo a sus miembros sino a la intervención punitiva del Estado hacia el inmovilismo derivado de la parálisis normativa que la referencia obligada a la Constitución traería aparejado para resolver la ponderación de intereses conflictuales⁵².

Este “inmovilismo” al que nos referimos podemos identificarlo con lo que la teoría ha solidó llamar el “cierre del sistema”, término acuñado doctrinalmente para realizar una crítica más a las teorías constitucionales del bien jurídico, a partir de la advertencia de que la Constitución no puede convertirse en un obstáculo para la síntesis derivada del constante juego dialéctico entre las distintas fuerzas e intereses sociales, su conflicto, y su normativización. “La Constitución es ciertamente el marco de referencia

⁵⁰ GONZÁLEZ RUS: “Bien Jurídico y Constitución”, ob cit, pág. 35.

⁵¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 14, para quien, si se estima que la Constitución es un catálogo de bienes jurídicos, se están confundiendo las perspectivas constitucional y penal, además de que dicha asunción supone un cambio de orientación en la teoría del bien jurídico dado que, toda vez que los códigos penales están estructurados en su forma y contenido en sus tipos, el planteamiento se realiza a la inversa pues no se deducen de los principios constitucionales los bienes que deben ser protegidos penalmente, sino que se trata de asimilar los ya existentes que el Código protege a los principios constitucionales.

⁵² Por lo tanto, esta posición no ofrece criterios que garanticen una intervención efectiva del ius puniendi o una limitación al mismo.

fundamental del sistema, pero no puede cerrar el sistema, pues ello contravendría las bases democráticas mismas del sistema. Por eso la fuente de origen y legitimación material del ilícito y, al mismo tiempo, base garantista frente a la intervención del Estado, que es el bien jurídico, no puede quedar cortado en su desarrollo y evolución por la Constitución”⁵³.

Pero además de ello, de lo señalado por BUSTOS RAMÍREZ, quien distingue entre derechos fundamentales y bienes jurídicos, puede decirse que la consideración de la Constitución como marco obligatorio de referencia al concepto de bien jurídico provocaría el establecimiento de un nuevo sistema, o mejor dicho, la atribución de una función novedosa para la Constitución⁵⁴, en virtud de que ahora ya no sólo habría de desarrollar una función de garantía y límite entre los ciudadanos y el Estado (derechos fundamentales), sino que tendría que servir como una especie de seleccionador de los bienes merecedores de protección penal, imponiendo al Estado el deber de sancionar penalmente el menoscabo de tales derechos fundamentales, (imperativos penales) lo cual, además de resultar ajeno a la efectiva función constitucional de regular la relación social entre el individuo y el Estado⁵⁵, es incompatible ante la exigencia de una necesaria ponderación de intereses que toda intervención penal supone y que no estaría resuelta por la Constitución⁵⁶.

Por lo tanto, el sólo recurso a la Constitución no es suficiente para definir lo que un bien jurídico penal es, o para determinar cuándo un bien jurídico merece la calificación de jurídico penal en tanto resulta fundamental para el desarrollo de la vida social, sino que además de ello, como dice MIR PUIG, debe acompañarse de otras consideraciones orientadas a la finalidad político criminal⁵⁷.

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: “Los bienes jurídicos colectivos” Control Social y Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona, 1987, pág. 192. Ello, entiende el autor, quiere decir que puede surgir un bien jurídico que tenga como referencia un derecho todavía no reconocido por la Constitución y que sin embargo, ya aparece como constitutivo de una relación social concreta.

⁵⁴ También MIR destaca que no hay que olvidar que la función primordial de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre si, sino establecer las herramientas básicas del ejercicio del poder. Cfr; MIR PUIG, SANTIAGO: “Bien jurídico y bien jurídico penal como limites del ius puniendi” Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1991, pág. 210.

⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ: “Los bienes jurídicos colectivos” ob cit, pág. 193 y ss.

⁵⁶ Así, MIR PUIG: “Bien jurídico y bien jurídico penal como limites del ius puniendi” ob cit, 211.

⁵⁷ MIR PUIG: “Bien jurídico y bien jurídico penal como limites del ius puniendi”, ob cit, 211.

En síntesis, la Constitución “no puede constituirse en un obstáculo ni para la progresiva disminución del ámbito de lo punible ni para fundamentar la incriminación cuando la realidad social, conflictual y dinámica lo demande”⁵⁸.

4. RECAPITULACIÓN.

Si observamos lo anterior, podemos destacar que ni la teoría espiritualista, ni la teoría social ni la teoría constitucional están en aptitud de proporcionar por si mismas criterios que concreten de un contenido material al concepto y principio de bien jurídico que sirva como limite o fundamento del ius puniendi, al no poder decidir qué relación social, antes, obviamente, de su consagración normativa, debe ser considerado un bien jurídico penal.

Sin embargo, tal y como coincide en general la doctrina, de las teorías constitucionales puede al menos encontrarse algún indicio (al que ya nos hemos referido en páginas anteriores) de concreción del concepto del bien jurídico (y con ello de limitación al ejercicio del ius puniendi), ante el innegable hecho de que la Constitución cumple la función de ser, en sentido negativo, un “criterio reductor del poder punitivo del Estado, en armonía con una función también negativa y reductora del bien jurídico”⁵⁹

En efecto, si bien tanto las teorías sociales cuanto las constitucionales no son capaces de delimitar de entre las relaciones sociales conflictivas, aquellas cuya protección penal debe encargarse el Derecho penal, estas últimas pueden coadyuvar a concretar un criterio de limitación negativo al ius puniendi a través de los principios reconocidos por la Constitución, de tal forma que el Derecho penal no puede rebasar los limites impuestos por ella.

Ello significa que la Constitución no puede indicar lo que habrá de prohibirse y considerarse un bien jurídico penal, pero si puede indicar lo que no habrá de prohibirse, ante la imposibilidad de poder amparar intereses incompatibles que previamente han sido acogidos en y por la Constitución.

En palabras de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “la Constitución al regular determinadas relaciones sociales y conflictos sociales los ha saldado ya de una determinada manera.... y estos son límites que el Derecho penal no puede pasar”⁶⁰, por lo tanto, la

⁵⁸ SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 260.

⁵⁹ De esa manera; PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 93.

⁶⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 25 y ss.

Constitución se constituye en un criterio de delimitación negativo a la hora de consagrar jurídicamente la solución a un conflicto social, porque de sus preceptos cabe deducir la prioridad que le merecen determinados derechos o intereses⁶¹, lo que significa que no proporciona criterios de orientación positiva que singularice lo que debe ser bien jurídico penal, sino en sentido negativo, lo que no debe ser tal.

Ejemplificando, significa que si la Constitución consagra como derecho fundamental el derecho a la libertad, el legislador ordinario está impedido para tipificar como delito la conducta que defienda este valor, más ello no significa que la Constitución éste obligando al legislador a tipificar aquella conducta que comprometa el tal valor constitucional, porque ello, y es precisamente lo que venimos estudiando, es y será una elección en donde entrarán en juego criterios de Política criminal.

Sin embargo, aún y cuando las teorías antes mencionadas no dotan precisamente de contenido al concepto de bien jurídico penal, el hecho de poner en contacto los principios a los que antes nos referimos cuando hablábamos de los principios básicos de un Derecho penal como el español, llamado a proteger intereses jurídicos que le importan a la Sociedad por cuanto son indispensables para el funcionamiento y desarrollo de las condiciones de participación dentro del sistema social, junto con el criterio negativo de orientación de lo punible aludido, extraído de la teoría constitucional, si ayuda cuando menos a encontrar, siguiendo a MIR PUIG, las condiciones que un bien jurídico debe reunir para poder ser o alcanzar, a posteriori, la naturaleza jurídico penal, siendo estos; el de importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal.

De esta manera, la importancia social del bien que merece tutela jurídico penal está íntimamente relacionada a la gravedad que en si mismo supone el Derecho penal, lo cual significa postular la autonomía de la valoración jurídico penal de aquellos bienes y erigir como criterio básico de dicha valoración, el que dichos bienes puedan considerarse condiciones fundamentales en el funcionamiento del sistema social, traducido ello a concretas posibilidades para el individuo⁶², mientras que la necesidad de protección por el Derecho penal implica que sólo estaremos ante la presencia de un bien jurídico penal cuando el uso del ius puniendi sea necesario para regular la afección

⁶¹ Ibídem, pág. 26 y 27.

⁶² MIR PUIG: "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi" ob cit, 207 - 209. Sin embargo, como el mismo autor reconoce, el problema que de ahí se recoge, es que ahora habrá que incorporar otros criterios valorativos para apreciar cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuándo no.

de un bien valorado como socialmente importante, ante la insuficiencia de los otros medios de defensa con los que cuenta el Ordenamiento jurídico⁶³.

En resumen, podríamos decir que un bien jurídico penal es aquella síntesis normativa que sanciona un conflicto social en la medida en la que sirve para el establecimiento de las condiciones fundamentales para el funcionamiento del sistema social referidas a los intereses de los individuos en particular, cuando el uso del ius puniendi, ante la insuficiencia de otros medios, se constituya en el medio necesario para regular la afección de aquel bien que expresa una ponderación determinada de un conflicto social⁶⁴.

Definido ello, pasemos ya al estudio de lo que la doctrina ha estimado constituye la tendencia del Derecho penal moderno y que ha supuesto la tipificación de delitos de peligro como forma de protección de bienes jurídicos colectivos, **a efecto de confrontar si en realidad dicha tendencia se enfrenta o es contraria al concepto y/o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; de si éste es capaz o no de cumplir con esa doble función atribuida; o si por el contrario de si estas técnicas de tipificación constituyen la ruptura de éste y otros principios del Derecho penal.** En otras palabras, debemos determinar si en realidad los delitos de peligro son incompatibles con los principios cardinales que conforman los fundamentos del Derecho penal.

V) TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE PELIGRO COMO TÉCNICA DE CONFIGURACIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

1. BIEN JURÍDICO COLECTIVO.

Lo primero que hay que destacar sin duda alguna de las líneas anteriores, es que generalmente se ha dado un contenido material del concepto de bien jurídico en el cual su fundamento se centra en relación al individuo como medio de impedir la instrumentalización del Derecho en aras de intereses supraindividuales, lo que ha

⁶³ No obstante, en opinión de SILVA SALCEDO, ante el contexto actual de la Política criminal que se caracteriza por la extrema facilidad con que se configura un determinado interés como bien jurídico, se pone de manifiesto que para determinar qué y cuáles bienes jurídicos merecen tutela penal, "corresponde pasar por un nuevo filtro: la selección de aquellas modalidades lesivas más graves y frente a las cuales el Derecho resulta un instrumento necesario". Cfr; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 288.

⁶⁴ O en palabras de EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO un bien jurídico penal son aquellos bienes de carácter social que subyacen a muchas de las más importantes tareas asistenciales y reequilibradoras que, en beneficio de la mayoría, el Estado está obligado a realizar. Cfr, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", ob cit, pág. 16.

dificultado, en opinión de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, el acomodo de un concepto de bien jurídico cuya característica estriba en la referencia a intereses que no son exclusivamente individuales, sino eminentemente colectivos, y cuya creciente aparición es parte integrante del desarrollo tecnológico, científico y médico. Ello lleva a preguntarse si el concepto de bien jurídico que se consolidó buscando la protección de intereses jurídicos individuales, será capaz de desempeñar esa doble función, crítica y garantista, respecto de intereses colectivos que, como diría la precitada autora, son mucho más propensos de manipulación e ideologización⁶⁵.

La respuesta para ésta autora se obtiene rechazando, en principio, las tesis de quienes sostienen que el bien jurídico colectivo en realidad no constituye un nuevo bien, sino otra forma de instrumentar protección a bienes jurídicos individuales preexistentes a los cuales la tutela existente no resulta ya suficiente ante los nuevos factores de riesgo y las formas más sofisticadas de ofensa que el desarrollo social conlleva.

No obstante, considerar que el bien jurídico colectivo es complementario a partir del reconocimiento de que el Estado español tiene una orientación netamente personalista que no justificaría la protección de intereses supraindividuales sino fuese una forma de protección de la relación social básica (que sólo puede ser individual) en la medida que condiciona la vida de los individuos⁶⁶, implica que hablar de complementariedad del bien jurídico colectivo respecto del individual no significa de ninguna manera que los delitos que se configuren para proteger los bienes jurídico penales colectivos hayan de ponerse en relación con los bienes individuales para definir su estructura⁶⁷.

Es decir, hablar de complementariedad no significa que el bien jurídico colectivo no sea mas que una nueva modalidad de tutela frente a las nuevas modalidades de ofensa de bienes jurídicos individuales, pues si bien la protección de relaciones y conflictos sociales de amplio espectro encuentra su sentido en la relación social básica, que es individual, ésta constatación no puede llevar a afirmar que los únicos bienes existentes son los individuales y que los colectivos no son más que normas de protección de éstos ante la sofisticación de las formas de ataque. Así, "sólo si aceptamos que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia podemos afirmar que la titularidad de los mismos es colectiva; si no son más que nuevas formas

⁶⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 31.

⁶⁶ VER; MIR PUIG: "Bien jurídico y bien jurídico penal como limites del ius puniendi", ob cit, pág. 212.

⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ: "Los bienes jurídicos colectivos" ob cit, pág. 198.

de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, no podemos afirmar su titularidad colectiva sino individual⁶⁸.

Empero, aceptar la “autonomía complementaria” de los bienes jurídicos colectivos respecto de los bienes jurídicos individuales, no es un obstáculo para reconocer que existen muchas más dificultades en su elaboración y estructuración típica - lo cual puede apreciarse fácilmente hoy día de la simple lectura de tipos penales (generalmente de peligro abstracto) que configuran bienes jurídicos colectivos vía el uso de fórmulas indeterminadas, vagas y confusas - que en los tipos que configuran bienes jurídicos individuales. No obstante, la presencia de esas dificultades resultan ciertamente lógicas - más no justificables - si consideramos que el legislador debe examinar muchas mas relaciones de conflictividad al momento de realizar la ponderación de intereses de toda índole cuando tipifica delitos que buscan proteger bienes jurídicos colectivos, que cuando pondera intereses de exclusiva naturaleza individual⁶⁹.

Por lo tanto, a partir de la definición del bien jurídico podemos identificar el contenido de los bienes jurídico colectivos, pero a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de los miembros de la sociedad o de un colectivo y de conformidad al funcionamiento del sistema social⁷⁰. Consecuentemente, si también los límites del Derecho punitivo respecto de la configuración de los tipos penales de naturaleza colectiva deben encontrarse en los límites normativos constitucionales y en los principios penales reconocidos, lo cual implica que la realización adecuada de la síntesis normativa entre los intereses sociales que confluyen y que se expresa a través del bien jurídico requiere de la **identificación** del conflicto concreto y de la **determinación** de proteger prioritariamente unos intereses por encima de otros, delimitando con concisión el bien jurídico colectivo y por ende determinando la lesión, entonces la manera de tutelar los intereses colectivos concretados en el bien jurídico será a partir, según veremos, no sólo de delitos de lesión sino también de peligro.

2. ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE PELIGRO.

⁶⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 30.

⁶⁹ Lo que en forma alguna justifica la elaboración de tipos penales que tutelan bienes jurídicos vagos e indeterminados, pues ello es más bien producto, en términos de PAULINA SILVA, no de que el concepto de bien jurídico no sea incapaz de servir de límite al ejercicio el ius puniendi, sino de que el proceso de síntesis conflictual no ha sido llevado a cabo correctamente. Cfr; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 485.

⁷⁰ Sin embargo, afirma BUSTOS, cuando está definición no sea posible, no es que el concepto de bien jurídico no sea valido, sino que en tales casos en realidad se está recurriendo a una metáfora, a un mero pretexto de bien jurídico para ampliar arbitrariamente la intervención del Estado. Ver; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal, Parte General*, ob cit, pág. 113.

Como ya antes destacábamos, es un hecho que el desarrollo tecnológico, científico y médico genera nuevas posibilidades de agresión a bienes jurídicos preexistentes, o a nuevos bienes jurídicos, en especial de naturaleza colectiva⁷¹. También debemos asumir que, de acuerdo a los postulados que se desprenden del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho penal debe estar orientado hacia la prevención de los delitos y no hacia la exclusiva retribución por el hecho cometido. Hemos asimismo entendido al bien jurídico como el resultado obtenido después de que el legislador ha realizado una ponderación de los intereses en conflicto una vez que ha sometido dicha síntesis a los principios del Derecho penal, habiendo decidido que el instrumento punitivo constituye el medio idóneo para la protección del interés social del cual es portador a partir de su configuración.

Ahora bien, la pregunta de cómo ha de llevar a cabo esa función el Derecho penal ha sido respondida a través de la tendencia a la configuración de tipos de peligro, por cuanto ello supone un adelantamiento a la protección, y por lo tanto prevención, que el tipo penal en un modelo de Estado como el español está llamado a cumplir. ¿Es esa una respuesta satisfactoria? Veamos.

El tipo de peligro, según su desarrollo doctrinal y legislativo, puede ser concreto o abstracto. Obviamente, para comprender el concepto de estos delitos hay que conocer primeramente la noción jurídica de peligro, en dónde y sobre qué debe predicarse, apreciando las consecuencias que de las respuestas doctrinales a dichas interrogantes se han generado; lo cual implica que debemos acudir someramente al estudio de las distintas opiniones doctrinales que, a efecto de concretar el concepto de peligro, se han desarrollado⁷².

A. NOCIÓN JURÍDICA DE PELIGRO.

Siguiendo a MENDEZ RODRÍGUEZ, en primer lugar surgieron las teorías subjetivas para las cuales el peligro se concibió como una impresión psicológica, producto de la

⁷¹ Por ello, en opinión de Paulina Silva se pueden apreciar dos clases de contribuciones del desarrollo tecnológico para la comprensión de las tendencias del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos colectivos y a la tipificación de delitos de peligro abstracto; a) el desarrollo tecnológico ha posibilitado nuevas formas de intervención que comprometen tanto a las personas en el presente como en las generaciones futuras y b) que el desarrollo tecnológico se presenta cada vez más como ambivalente. Cfr; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 480.

⁷² MÉNDEZ RODRÍGUEZ destaca sobre esto, con razón, que la cuestión sobre el análisis del concepto de peligro debe centrarse más que en el concepto, en la búsqueda de presupuestos básicos sobre la valoración del juicio de peligro y la prueba del mismo. Cfr: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 52.

mente humana, según el cual cualquier resultado acaecido se produjo porque así tenía que suceder sin que haya lugar a la probabilidad de un acontecimiento⁷³. El peligro es producto de la aprehensión de la realidad o del desconocimiento del hombre. Ejemplificando ello, es tanto como decir que prender fuego dentro de una casa de madera estando una persona dentro, necesariamente producirá su consumición, arderá y todo se quemará, y ello en si mismo en una consecuencia necesaria del acto, que sólo adquiere peligrosidad en el momento en el que la mente humana dota al hecho de un carácter subjetivamente peligroso.

Esta teoría, como destaca la precitada autora, fue criticada principalmente por la contradicción al principio de certeza jurídica, ya que la valoración de la existencia o no de un peligro queda supeditada a un juicio subjetivo.

En esa misma línea, dentro de las teorías subjetivas se desarrolló otra tendencia de la consideración subjetiva del peligro, concibiéndosele como un juicio realizado por el sujeto pasivo. Postura que a su vez fue criticada a partir de la consideración de que el legislador no puede referirse a la impresión psicológica del sujeto pasivo del delito, pues ello significaría negar la existencia del peligro siempre que el pasivo no estuviese consciente del mismo.

Las teorías objetivas por el contrario, sitúan al peligro como una entidad objetiva y autónoma, de forma tal que la inexistencia de la lesión no significa que el peligro no haya existido - porque precisamente defienden que su existencia no depende de la apreciación subjetiva de quien debe valorar - sino que es autónomo ya que se trata de una entidad real que comporta la posibilidad o probabilidad del peligro de producción de un resultado⁷⁴.

Ciertamente, no obstante que ambas teorías entienden en principio el peligro a partir de un juicio de verificación ex ante, en realidad hay que rechazar tanto la idea de que el peligro dependa de una impresión subjetiva, ya sea del sujeto pasivo, del legislador o del juez, cuanto la idea de dotar al peligro de existencia autónoma, pues es

⁷³ Principio de necesidad en el que no existe posibilidad de que un acontecimiento se produzca o no se produzca, sino que el peligro es siempre una impresión de la mente humana.

⁷⁴ No obstante, tal y como lo destaca MÉNDEZ RODRÍGUEZ, afirmar el contenido objetivo del peligro pero referido a la probabilidad de la producción de un resultado era una opinión que podría sostenerse antes de la introducción o incorporación del finalismo a la teoría del delito, pues ya a partir de la introducción de elementos subjetivos en el tipo penal, resulta imposible desvincular o valorar por separado la acción y el peligro. Es decir, si bien antes era necesario para la existencia del peligro de una acción y su causa, ahora la existencia del peligro esta vinculada a la valoración de la peligrosidad de la acción. Cfr; MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 57 y 58.

obvio que éste (el peligro) siempre estará referido a algo. Y la interrogante es esa, ¿el peligro se refiere a la acción, al resultado o alguna otra entidad?.

Si el peligro se refiere a la acción, ello equivaldría a no individualizar un resultado en los delitos de peligro sino que sólo se estudiaría la probabilidad de la causación de un resultado a consecuencia de la conducta peligrosa, y viceversa, si el peligro se vincula al resultado, equivaldría a la necesidad de individualizar como consecuencia de la acción, un resultado, que en este caso sería el peligro mismo⁷⁵.

B. ¿EXISTE UN RESULTADO EN EL DELITO DE PELIGRO?

Determinar si en los delitos de peligro existe o no un resultado no es un ejercicio trivial sino que de ello depende en gran parte no sólo la comprensión y clasificación de estos delitos, sino su aceptación o rechazo como técnica de tipificación frente a las finalidades que el Derecho penal de un Estado como el español debe perseguir.

Si partimos de que el modelo de Estado imperante en España afirma la función de prevención de la norma penal, el resultado no puede consistir en el objeto de prohibición de la norma “aunque la voluntad del Derecho de evitarlo constituye la razón de la prohibición de las conductas que pueden causarlo”⁷⁶. Y ello es así, pues evidentemente una posición que concede primacía a la trascendencia del desvalor del resultado por encima al desvalor de la acción, supondría no sólo un rompimiento a la finalidad preventiva, sino el abandono a las referencias subjetivas de la acción, la cual sería sólo considerada en tanto que provocó el resultado⁷⁷.

Expresado esto mismo en términos de BUSTOS, bajo esta óptica “lo fundamental no es el menoscabo de un bien jurídico, sino la acción que lo provoca”⁷⁸, o en términos de MIR PUIG, el contenido del injusto debe erigirse no en el resultado ni en la conducta que se demuestre efectivamente peligrosa ex post, sino en los comportamientos peligrosos que aparezcan como tales (ex ante) en el momento de llevarlos a cabo⁷⁹, por

⁷⁵ Consecuentemente, configurar al peligro como un resultado separable de la acción, implicaría afirmar el carácter objetivo del peligro.

⁷⁶ MIR PUIG: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ob cit, pág. 66. Ello mismo en palabras del autor significa que el fundamento del injusto no es la lesión resultante como estado de un bien jurídico, sino su objetiva puesta en peligro.

⁷⁷ Quedando reducida la acción del agente y el resultado lesivo a un simple proceso causal.

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: “Consideraciones en torno al injusto” *Control Social y Sistema Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1987, pág. 148.

⁷⁹ MIR PUIG: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ob cit, pág. 65.

tanto, desde la perspectiva de la primacía en la valoración del desvalor de la acción por encima del desvalor del resultado, puede decirse que el delito de peligro carece en su estructura material de un resultado, por cuanto que su finalidad (del tipo así estructurado) es, precisamente, evitarlo.

Ello quiere decir que es indiferente la verificación o no de una concreta amenaza al bien jurídico⁸⁰, y/o en otras palabras, que el delito de peligro no requiere, como presupuesto para su punibilidad, de una relación de causalidad. "Se renuncia a la tradición liberal de un Derecho penal de resultado, establecido sobre una lesión del bien jurídico y orientado a las consecuencias jurídicas"⁸¹.

Esa característica (la falta de relación causal con un resultado material) es precisamente uno de los argumentos - ventajas - más importantes con el que se pretende justificar la tipificación de los delitos de peligro, por cuanto que constatar un nexo causal plantea graves problemas materiales de concreción que harían imposible la efectiva tutela de los bienes jurídicos, en el caso de los delitos de peligro, colectivos. "A nivel práctico es indudable que para estos supuestos, el castigo de unas conductas consideradas como peligrosas en sí mismas, al margen de cualquier necesidad de prueba respecto de la concreta puesta en peligro del bien por determinados individuos, se ve como positiva puesto que suponen una primera barrera de contención del peligro inherente a estos comportamientos y además, evitan la tan temida probatio diabólica que entraña tener que demostrar la aptitud concreta del hecho para originar una efectiva lesión del bien en el caso enjuiciado..."⁸²

Consecuentemente, siguiendo a MIR PUIG, en aquellas esferas de la actuación humana en que el conocimiento acumulado permite una mayor tipificación de las normas de cuidado, es posible acudir a la técnica de los delitos de peligro en que se castiga sin necesidad de resultado, y por lo tanto, el resultado no puede condicionar el injusto ni constituir en sí mismo el objeto de prohibición de la norma penal preventiva, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho "no se puede aludir a la necesidad de condicionar la prohibición de una conducta a un factor, como el resultado, que es

⁸⁰ Afirmar lo contrario, partiendo no de la acción sino de la verificación de la concreta puesta en peligro del bien, aceptando la existencia de un resultado en los delitos de peligro, significaría que se estaría llegando a la incriminación penal a partir sólo de la verificación del resultado de peligro, lo cual, afirma tajantemente KAUFMANN, contradice seriamente el principio de culpabilidad por cuanto que un injusto así estaría apoyado en la posibilidad de la posibilidad, la probabilidad de la probabilidad, el peligro del peligro de lesión al bien jurídico, lo que carece de fundamento penal alguno.

⁸¹ HERZOG, FÉLIX: "Límites del Derecho Penal para controlar riesgos sociales", ob cit, pág. 86.

⁸² PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 116.

posterior a su posibilidad de evitación⁸³, siendo así que el fundamento del injusto, ante la importancia de los bienes jurídicos protegidos, es la objetiva puesta en peligro del bien jurídico y no su lesión, bastando con llegar al convencimiento de que cuando la acción concreta se llevó a cabo, la lesión no hubiese podido excluirse⁸⁴.

Si así lo entendemos, entonces la voluntad en la acción desplegada es apreciada independientemente y antes del resultado, de manera que el bien jurídico tutelado asume relevancia porque es el objeto de la protección y no por haber sido lesionado⁸⁵.

Pero, ¿es posible desde los cimientos del Derecho penal y los principios que lo configuran concebir la idea de un injusto sin resultado?. Si recordamos que en un sistema penal como éste nadie discute la validez del axioma que define al delito como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en el que por ende el papel del bien jurídico condiciona a la finalidad de la pena como una forma de protección del sistema social, y los ponemos en contacto con el principio de proporcionalidad, ofensividad y de ultima ratio, llegamos a la conclusión de que resulta imprescindible en cualquier injusto la existencia de un resultado.

Por ende, afirmar que se está frente a un delito de lesión cuando la acción ha producido un resultado, y que se está frente a un delito de peligro si la acción no ha producido el resultado debe, indudablemente, matizarse. Si bien es cierto que no existe una lesión sin una situación precedente de peligro - pues la lesión constituye una prueba irrefutable de la existencia del peligro - no es menos cierto que el hecho de que conste la ausencia de lesión no implica ni significa la no existencia de un *resultado peligroso*. Por lo tanto, así entendido, los delitos de peligro (algunos) son también

⁸³ MIR PUIG: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ob cit, pág. 66 - 73. No obstante ello, en el ámbito de la imprudencia, la falta de un resultado si constituye, por razones de política criminal, (seguridad jurídica) un indicio de la falta de la peligrosidad, ex ante, de la acción, pues la dificultad que supone decidir si una acción no seguida de un resultado era o no peligrosa, (ante la falta de experiencia acumulada) aconseja su no punibilidad hasta en tanto no aparezca la base indiciaria del resultado.

⁸⁴ Por ello entonces, destaca MÉNDEZ RODRÍGUEZ, para los partidarios de esta posición, emancipando al resultado típico respecto del tipo penal se prescinde de la verificación de un resultado ya que éste no se concibe sino como un obstáculo inútil para la efectiva protección del bien jurídico, centrándose la valoración penal en la conducta realizada. Cfr; MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 81.

⁸⁵ Sin embargo, resulta de enorme trascendencia apreciar como bajo esa concepción, la acción es valorada porque ocasionó o no un resultado, lo cual implica que el juicio de peligrosidad para la afección al bien jurídico se realizará ex post en referencia al resultado que se ocasionó, (de lesión) o al que no, (de peligro). En pocas palabras, vislumbra bajo nuestro punto de vista, la aceptación de la existencia de un resultado en la estructura de los delitos de peligro.

delitos de resultado en que la verificación de la situación de peligro es también, como en los delitos de lesión, una relación *ex post* y no *ex ante*.

Consecuentemente, afirma la doctrina, la acción peligrosa no zanja por si sola el injusto penal en los delitos de peligro, sino que en realidad el tipo penal de peligro sólo recoge una regla de experiencia en que se penalizan ciertas acciones que provocan *resultados de peligro* dado que se ha demostrado que con dichas acciones la lesión al bien jurídico es frecuente.

Así entendido, individualizando en el peligro el resultado lesivo para el bien jurídico, en el que el objetivo del tipo de peligro es la prevención de situaciones objetivamente peligrosas "materialmente afectadoras de la incolumidad del bien jurídico, se entiende en sus justos términos la famosa función de anticipación de la tutela"⁸⁶ que debe caracterizar a un Derecho penal que busque en el tipo penal, producto de la síntesis normativa de los diversos intereses sociales en conflicto, una función de prevención. Expresado en términos de RODRÍGUEZ MONTAÑES⁸⁷, los delitos de peligro surgen para castigar la realización de conductas peligrosas respecto del eventual resultado lesivo, pero sin esperar a que ese resultado tenga lugar⁸⁸.

Concebido de esta manera; ¿rompe esa estructura de tipificación - los delitos de peligro - los principios jurídico penales fundamentales del Derecho penal?. ¿Se viola el principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos?.

Para responder ello, en primer lugar hay que destacar, como ya antes hacíamos alusión, que los delitos de peligro se clasifican a partir de dos técnicas de tipificación distintas; delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

C. TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE PELIGRO: DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y PELIGRO CONCRETO.

Los tipos de peligro abstracto son aquellos que no requieren de un ataque efectivo al bien jurídico, pues no exige un peligro real o concreto para éste⁸⁹, de manera

⁸⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 124.

⁸⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994, pág. 6 y ss.

⁸⁸ O lo que es igual, la consumación del delito se anticipa al momento de la realización de la conducta peligrosa. Ver; HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN: "El nuevo Código penal y el principio de culpabilidad". *Jueces para la Democracia*, N° 29, 29 de julio, 1997.

⁸⁹ Así, TORIO LÓPEZ, ANGEL: "Los delitos de peligro hipotético", (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto) *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 34, Fascículo II y III, mayo - diciembre 1981, pág. 841.

tal que la producción del peligro es la razón misma que motiva al legislador. Expresado esto mismo en palabras de PERIS RIERA "el peligro se convierte en la ratio legis, en el simple motivo que impele al legislador a crear la figura penal"⁹⁰, sin que desarrolle ninguna otra función. Por ello es que la característica esencial que lo define - al delito de peligro abstracto - es la ausencia del peligro del tipo, pues éste no se menciona entre sus elementos⁹¹.

De ello se sigue, como lo destaca MÉNDEZ RODRÍGUEZ, que en ésta clase de delitos se define legislativamente en abstracto dentro del tipo las notas que caracterizan la peligrosidad de la acción⁹², de manera que, tal y como la doctrina tradicional lo ha entendido, la función judicial se reduce a comprobar que la acción realizada posea las características que la definen legislativamente como peligrosa y, que una vez realizada ésta comprobación, se deduce la imposición de una pena sin que exista obligación judicial de verificación del peligro efectivo caso por caso.

En otras palabras, según esta interpretación doctrinal, la presunción o verificación del peligro referido a la acción - peligrosidad de la acción - implica que la labor judicial no se centra en comprobar que lo que se presume es el peligro generalmente **creado** por una acción, sino si la acción realizada posee las características que la definen positivamente como peligrosa.

Ello en si mismo ha significado doctrinalmente la crítica principal hacia esta forma de tipificación, por tanto que se ha considerado que constituye un rompimiento del orden penal dado que se estarían estableciendo sanciones jurídicas que se deducirían exclusivamente de la simple realización formal de las acciones típicas, sin someter a la peligrosidad de la acción, siquiera, a una verificación judicial⁹³.

Lo anterior llevó inclusive a plantear, a efecto de salvar ésta incongruencia, que se exigiera la constatación de la prueba de peligro para determinar si una acción ha sido o no peligrosa en un delito de peligro abstracto; no obstante, ello implicaría que se

⁹⁰ PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 127.

⁹¹ O definido en palabras de MIR PUIG, en los delitos de peligro no se exige un resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta. Véase, MIR PUIG: *Derecho penal, Parte general*, ob cit, pág. 209 y 210.

⁹² De igual manera, TORIO LÓPEZ también considera que los delitos de peligro abstracto están caracterizados por reclamar a través de la interpretación o de la misma literalidad (formalidad) una acción peligrosa como elemento del tipo. TORIO LÓPEZ: "Los delitos de peligro hipotético", ob cit, pág. 847.

⁹³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob cit, pág. 135 y ss. Esta autora es de la opinión de que lo adecuado consiste en presumir la realización material de un resultado peligroso como consecuencia de una previa acción peligrosa, y no al revés.

estaría hablando ya de delitos de peligro concreto en cuyos casos, a diferencia de lo que ocurre para la consumación de los delitos de peligro abstracto, que no requieren ni dependen de un objeto concreto en la radio de la acción peligrosa, su característica esencial consiste en la exigencia típica de una efectiva producción de un peligro para un objeto determinado. Dicho esto mismo en otras palabras, sólo en los delitos de peligro concreto puede apreciarse un resultado de peligro, y definirlos por ende como delitos de resultado⁹⁴.

Por lo tanto, poniendo en contacto los principios que rigen la materia penal, no parece que ésta forma o técnica de tipificación de peligro - abstracto - resulte compatible con tales principios pues, según observamos, si en los delitos de peligro abstracto no se requiere de la comprobación de la concreta ofensa al bien jurídico ni de la efectiva peligrosidad del hecho, la pena impuesta como consecuencia de la realización de una acción implícitamente considerada como peligrosa implicaría que al sujeto se le sancionaría por cualquier otra razón menos por aquella que únicamente puede ser válida.

Aunado a ello, si ciertamente la estructura de los delitos de peligro, especialmente abstracto, adelanta las barreras de protección del Derecho penal a esferas cuestionables, pues si consideramos que ni se exige la presencia de un peligro concreto para el bien jurídico y que ésta técnica tipificadora es utilizada principalmente para sintetizar los conflictos sociales colectivos, configurando un doble adelantamiento de protección a través de la intervención punitiva⁹⁵, la lejanía del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y del principio de ofensividad es claramente manifiesta⁹⁶ al contemplarse supuestos en donde la sanción penal ha sido adelantada a un momento muy anterior, ya no al resultado de lesión, sino al de la puesta efectiva y concreta de un peligro para el bien jurídico.

⁹⁴ Bustos no acepta la idea del delito de peligro abstracto por cuanto que éste se funda solamente en el desvalor de la acción, por el contrario, considera que sólo el delito de peligro en que se requiere de una situación peligrosa efectiva es, siempre, delito de resultado. Véase; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: "Los delitos de peligro" Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987, pág. 340.

⁹⁵ La primera barrera surge a partir de la asunción de que entre el bien jurídico individual y el bien jurídico colectivo existe una relación, no de dependencia pero si de complementariedad, y la segunda, obviamente, de que no es necesario un resultado de peligro.

⁹⁶ Sobre este particular, SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 458, sostiene que "la configuración de bienes jurídicos colectivos constituye un adelantamiento de la intervención del ius puniendi en relación con la protección de bienes jurídicos individuales", y que "por otra parte, los delitos de peligro también constituyen un adelantamiento de esa intervención, habitualmente cubierta por la tentativa en relación con los bienes jurídicos individuales".

Consecuentemente, no es difícil apreciar cierta contradicción entre la estructura de los delitos de peligro abstracto y los principios de ofensividad, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de legalidad, pues ellos implican la sanción de una conducta que en sí misma no sólo no lesiona sino que ni siquiera constituye una concreta amenaza para el bien jurídico⁹⁷; en otras palabras, siendo que de acuerdo con el principio de legalidad resulta necesario comprobar la idoneidad de la acción para producir el resultado que la Ley pretende evitar, cuando la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no es posible que se hable ciertamente de una conducta peligrosa que esté atacando efectivamente al bien jurídico⁹⁸; por consecuencia, no puede estimarse legítima la configuración y sanción del delito de peligro abstracto en un Derecho penal liberal que exige la afectación - entendida como lesión o puesta en peligro - del bien jurídico, y que en dichos delitos no se da⁹⁹.

Y es precisamente ésta, la razón determinante por la cual la tendencia hacia la tipificación de delitos de peligro abstracto como medio de regulación de las nuevas relaciones conflictuales surgidas a partir del desarrollo tecnológico (como en el caso de la ingeniería genética y reproductiva) dentro de un Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, se enfrenta con los principios del Derecho penal clásico, ya que, so pretexto de la función preventiva que ahora lo caracteriza, y de las ventajas que ello conlleva en una materia como la biotecnología¹⁰⁰, el legislador ha decidido considerar a un cúmulo de "intereses jurídicos" como "bienes jurídicos penales" pero sin

⁹⁷ También se manifiestan en esta dirección OCTAVIO DE TOLEDO Y HUERTA TOLCIDO, los cuales coinciden en señalar que, cuando se entiende que por haber realizado una conducta formalmente coincidente con la descrita en la norma, debe presumirse iuris et de iure que el comportamiento posee potencialidad para generar un riesgo de lesión del bien jurídico, se atenta contra los principios más elementales del Derecho penal constitucionalmente acogidos. Véase; OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOLCIDO: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Madrid 1986, pág. 165.

⁹⁸ Así BARBERO SANTOS, MARINO: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1973, pág. 493 y ss.

⁹⁹ También para TORÍO LÓPEZ, en la medida en que en los delitos de peligro abstracto el peligro no es un elemento constitutivo de la figura sino un mero motivo del legislador, el principio de lesividad como límite del ius puniendi no se respeta. Cfr; TORÍO LÓPEZ: "Los delitos de peligro hipotético", ob cit, pág. 825.

¹⁰⁰ Ventajas que para Mantovani consisten en; prevenir situaciones peligrosas o dañosas para bienes jurídicos fundamentales; en contener el advenimiento de esas situaciones de peligro; en evitar las creaciones biomédicas a través del castigo de los simples actos idóneos para producirlas, mediante la incriminación incluso de las actividades experimentales y, principalmente; **para evadir la necesidad de verificar el nexo causal entre la conducta y el resultado, principalmente, en los supuestos en que el desarrollo de la biogenética se concrete en intervenciones genéticas que se produzcan con anterioridad al nacimiento.**

respetar los límites que los principios clásicos del Derecho penal imponen y que indudablemente tendrían que haber servido como filtro delimitador¹⁰¹.

D. TOMA DE POSTURA.

Resumidamente, de lo anterior puede señalarse que en función de que el proceso de desarrollo científico tecnológico trae aparejado toda una gama de consecuencias que generan tanto nuevos riesgos para los bienes jurídicos cuanto nuevos intereses jurídicos para la sociedad - riesgos e intereses frente a los cuales el Estado no puede permanecer ajeno sino que debe regularlos mediante el instrumento de la Ley -, se ha observado que la respuesta a dicha situación ha intentado argumentarse a través del instrumento del Derecho punitivo y, particularmente dentro de éste, a través de la tipificación de delitos de peligro, especialmente abstracto.

La razón de ello también se ha expuesto y hemos creído encontrar que la respuesta ha sido atribuida a la necesidad de armonizar los postulados e imperativos preventivos que se desprenden de un Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto que los delitos de peligro suponen un adelantamiento a la protección del bien jurídico en la medida en la que se configuran para anticiparse al resultado lesivo, ello es, a la lesión o puesta en peligro.

No obstante, hemos observado también que en el caso de los delitos de peligro abstracto, el adelantamiento de la protección al bien jurídico resulta de dudosa compatibilidad, entre otros, con el principio de ofensividad, en virtud de que en estos ni se realiza una acción que lesiona o pone en peligro al bien jurídico - no se requiere de un ataque efectivo, sino que sólo se trata de una acción que por si misma es apreciada como típicamente peligrosa -, y cuyo momento es muy lejano aún al resultado de puesta efectiva de peligro para el bien jurídico.

Por consecuencia, si el legislador ordinario asume y respeta el principio de ofensividad¹⁰² como uno de los criterios que limitan el ejercicio del ius puniendi, coadyuvará a evitar no sólo la disfunción que experimenta el Derecho penal moderno frente a sus principios clásicos, sino más importante aún, a concretar un efectivo marco

¹⁰¹ En definitiva, acudir sólo al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos para justificar la incriminación de ciertos conflictos sociales de naturaleza colectiva, ha supuesto la creación de tipos estructurados de manera amplia e indeterminada en los cuales, o no se sabe a ciencia cierta si protegen más de un bien jurídico o, en el mejor de los casos, cuál es él o los bienes jurídicos tutelados. Y si el bien jurídico penal, objeto de protección del tipo, no es siquiera identificable, obvio resulta mencionar la enorme problemática a la que habrá que enfrentarse para determinar, ya no su lesión o puesta en peligro, sino más aún, la probabilidad de generar un riesgo.

¹⁰² Por no citar el de legalidad, taxatividad, subsidiariedad, etc.

normativo que recoja la exigencia derivada del Estado Social y Democrático de Derecho de prevenir la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, especialmente colectivos.

Es decir, no cabrá la tipificación jurídico penal de delitos de peligro abstracto como forma de configuración de bienes jurídicos colectivos (menos aún individuales) sino que, en lugar de ello, el marco adecuado para la creación por parte del legislador de dichos tipos de peligro será **sólo** el Derecho administrativo¹⁰³ por cuanto que, precisamente, es el adelantamiento de la protección al bien jurídico una de sus finalidades ya que “tiende a configurar los tipos como castigo a actos preparatorios o bien como tipos de peligro abstracto”, lo que no sería legítimo en el Derecho penal toda vez que éste exige, según hemos insistido, la afectación al bien jurídico, ya sea por puesta en peligro concreto o por una lesión¹⁰⁴.

Pero, como lo destaca SILVA SALCEDO, la cuestión entonces radicaría en precisar qué comportamientos deben configurarse como infracciones administrativas y cuales como delitos penales; determinación a la que sólo cabría llegar atendiendo a las funciones específicas que corresponden a ambas ramas del sistema jurídico y, particularmente, a la delimitación de los bienes jurídicos comprometidos como consecuencia de una concreta actividad, a la ponderación de las necesidades de protección y de las conductas que resulten efectivas para lesionarlos o ponerlos en peligro¹⁰⁵.

En síntesis, podemos concluir esta primera parte del desarrollo de nuestro trabajo señalando que bajo los presupuestos de un Estado de Derecho como el definido en la Constitución española, respetuoso de los principios básicos del Derecho penal, la elaboración legislativa en la creación de objetos de tutela penal exigirá que el legislador ordinario sintetice los conflictos sociales a partir de una efectiva y justa ponderación de los intereses en juego, persiguiendo la evitación del resultado lesivo para el interés

¹⁰³ No obstante, la tendencia del legislador ha sido precisamente, tal y como lo destaca Mir Puig, la de tutelar al mismo tiempo los bienes jurídicos colectivos a través de sanciones administrativas y también de sanciones penales, convirtiéndose (reduciéndose) de esta manera al rol del Derecho penal a un simple instrumento accesorio que refuerza la actividad administrativa. También se expresa así Hassemer para quien con la tipificación de los delitos de peligro el control penal deja de ser una respuesta a acciones criminales y se convierte paulatinamente en una protección colateral del Derecho Administrativo.

¹⁰⁴ Así; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 465. No obstante, más adelante esta misma autora acepta de manera excepcional se configuren tipos penales de peligro abstracto para la protección de peligros y lesiones concretas para aquellos bienes jurídicos más importantes. Cfr: ob cit, pág. 506.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, pág. 516.

protegido, pero sólo en la medida en la que ello no contradiga los principios que sostienen al Derecho penal.

Ello significa que en la elaboración de la norma penal debe observarse el respeto a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad, fragmentariedad, ofensividad y de última ratio, lo cual constituye un imperativo que condiciona al legislador para que, una vez realizada la síntesis conflictual, en primer lugar se pronuncie por la protección de uno de ellos creando así el bien jurídico; hecho ello, que sea primero en el ámbito del Derecho administrativo en el que se plantee la posibilidad de su efectiva tutela vinculando en su elaboración dogmática los principios de prevención hacia los que debe tender dicha elaboración y, sólo posteriormente, una vez desechada la idoneidad del ámbito administrativo, dada la importancia que dicho bien jurídico tiene para la difusión de las posibilidades de desarrollo social, acudir al Derecho penal para protegerlo pero sin pasar por alto ninguno de los principios que lo fundamentan, especialmente el de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de ofensividad, lo que, según lo antes expuesto, representa la imposibilidad de configurar delitos de peligro abstracto.

Ahora bien, obviamente que la pregunta indiscutible que se nos debe formular es por que hemos considerado que ello es necesario para nuestro trabajo o, mejor dicho, qué relación tiene con nuestra investigación.

En realidad, podemos adelantar nuestra respuesta afirmando que la relación es mucha y la importancia mayúscula, pues si dentro del objeto de ésta investigación se encuentra el análisis crítico de los tipos penales referidos a áreas como la ingeniería genética y la ingeniería reproductiva en las que, ciertamente, es el desarrollo técnico científico lo que ha traído aparejada la posibilidad de lesionar no sólo ciertos bienes jurídicos ya antes reconocidos, sino que ha abierto nuevas posibilidades de afección a otros tantos diferentes intereses jurídicos, individuales y colectivos, estos deben ser abordados y analizados en el marco de las tendencias jurídico penales que se corresponden intrínsecamente en un Estado Social y Democrático de Derecho que, justamente, debe tender hacia una protección preventiva y efectiva de los intereses jurídicos recogidos de las distintas actividades que en su seno se desarrollan a través de todos los instrumentos normativos con los que cuenta el ordenamiento, hasta llegar, como última opción, a la intervención del Derecho penal.

Y si es esta una conclusión obligada, evidentemente el análisis de investigación no puede prescindir de ésta cuestión ya que se requiere y pretende responder si en el proceso de elaboración de los tipos penales de los artículos 157 y 158 así como de los contenidos en el Título V, Libro II del Código penal vigente, el legislador sintetizó correctamente el conflicto de intereses generados a partir del desarrollo de las técnicas de ingeniería genética y de ingeniería reproductiva cuando se pronunció y generó, de

ese primer nivel de reflexión - interés jurídico - el bien jurídico; si hecho ello agotó previa y correctamente el ámbito administrativo antes de decidir su criminalización; y si en su criminalización ha respetado los principios del Derecho penal a los que nos hemos referido.

Por lo tanto, corresponde adentrarnos en este momento al estudio y **descripción de las técnicas de ingeniería genética y ingeniería reproductiva**, pues es precisamente a partir de su desarrollo, evolución y cada vez mayor complejización, que se generan mayores relaciones conflictuales entre distintos intereses sociales, y **de cuyos cuales tendremos que extraer**, como ya antes advertimos, **los intereses jurídicos implicados en conflicto que pueden comprometerse** y que, aparentemente, de entre todos ellos, el legislador recogió a través de su incorporación al conjunto normativo.

CAPITULO II

Ingeniería genética, reproductora y manipulación genética. Intereses jurídicos implicados.

I) DIFERENCIACIÓN CONCEPTUAL.

Empecemos por destacar que el término ingeniería genética es considerado por algunos autores como extendido a todo lo que tiene que ver con la manipulación de los gametos o del feto para cualquier intento, desde la concepción distinta de la unión sexual o el tratamiento de la enfermedad in útero, hasta la definitiva manufactura de un ser humano para especificaciones exactas.

Así, la expresión ingeniería genética también puede emplearse en sentido lato o en sentido estricto. En sentido estricto se entiende como una técnica tendente a cambiar los genes del embrión, no sólo para eliminar desordenes genéticos sino también con el objeto de añadir nuevos rasgos y construir un ser humano mas deseable y más deseado.

MANTOVANI la entiende como la posibilidad de transferir porciones del patrimonio hereditario de un organismo viviente a otro, abriéndose la puerta hacia la modificación programada del patrimonio genético de una célula y, en consecuencia, del organismo al cual la célula pertenece¹⁰⁶.

Manipulación e ingeniería genética son los términos que con mayor constancia se repiten y refieren de manera análoga. Otros, aunque menos utilizados son el de *intervención genética, control genético y tecnología genética*.

Ahora bien, con tan sólo observar estas breves aproximaciones conceptuales, resulta evidente que el primer problema que se presenta para delimitar las actuaciones en el material genético humano es de carácter terminológico. El uso indiscriminado de vocablos sin establecer los límites entre sí, contribuyen día a día a provocar en el lector la confusión que precipita e impide pronunciarse, desde cualquier plano, ético y/o jurídico, en algún sentido.

Por ejemplo, hoy día pocos cuestionan que la inseminación asistida con semen del marido o concubino no sea un procedimiento ético y jurídicamente permisible e inclusive plausible; sin embargo, equiparar esta técnica con la *manipulación genética* implica asimilarla conceptualmente con aquellos procedimientos cuyos fines no resultan ser claramente permitidos bajo algunos perfiles éticos y jurídicos.

¹⁰⁶ MANTOVANI, FERRANDO: "Problemas penales de la manipulación genética", Doctrina Penal, Nº 33-34, Buenos Aires, 1986, pág. 10.

Es decir, si bien es cierto que estos términos son utilizados indistintamente al referirse a tratamientos o procedimientos médico reproductores, que pueden comprenderse bajo el concepto de *reproducción asistida*, como podría ser la inseminación asistida o la fecundación in vitro, no es menos cierto que en estricto sentido ninguno de estos constituye una técnica que emplee genes (ingeniería genética) y por ende menos aún de manipulación, a diferencia de aquellos otros procedimientos que efectivamente pueden constituir una verdadera manipulación e intervención en los genes, cromosomas, núcleos y células humanas¹⁰⁷.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, manipular tiene un doble significado; por un lado significa “operar con las manos o con cualquier instrumento”, o bien puede entenderse en un sentido peyorativo como la intervención con medios hábiles en la política, en la sociedad, en el mercado u otro ámbito con fines propios o ajenos¹⁰⁸.

El adjetivo *genética* “delimita el campo de su intervención, se refiere a la aplicación sobre el hombre de los conocimientos genéticos”¹⁰⁹.

Bajo esta óptica, “a la luz de esas connotaciones negativas del término manipulación, los diversos científicos, filósofos, teólogos o juristas que se acercan a la materia, han ido gestando el término ingeniería genética. De modo que, en principio y como regla general, manipulación e ingeniería son entendidos como conceptos que abarcan el mismo contenido”¹¹⁰.

Para VIDAL GARCÍA, la manipulación genética debe dividirse en dos: Terapia génica e Ingeniería genética, lo que significa que ingeniería es, por así decirlo, la

¹⁰⁷ De la misma opinión; MARIS MARTÍNEZ, STELLA: “Nuevas Cuestiones Penales”, Editorial Colex, Madrid, 1988, pág. 158. Esta autora afirma que es un error hablar de manipulación genética para aludir a las técnicas de reproducción asistida, esto es, a los procedimientos destinados a paliar la esterilidad de una pareja mediante la fecundación de un ser humano por medios no naturales, pues no importan en modo alguno manipulación de genes, prefiriendo llamarles o designarles como “manipulación ginecobiológica”. Sostiene prácticamente las mismas ideas en su otra publicación titulada: “Análisis crítico del Título V del Libro II del Código Penal Español: Delitos relativos a la manipulación genética”, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 717-730.

¹⁰⁸ Para el diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland, 26ª edición., Interamericana, McGraw Hill, manipular significa; “tratamiento experto o diestro con las manos”.

¹⁰⁹ VIDAL GARCÍA, MARIANO: *Bioética. Estudios de bioética racional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pág. 136.

¹¹⁰ BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Editorial Edersa, Madrid, 1997, pág. 30.

especie mientras la manipulación es el género. De esta manera, la ingeniería genética relacionada con actuaciones realizadas sobre las células germinales del individuo y que no suponen la alteración de la secuenciación del ADN, será igualmente conceptualizada como manipulación genética. MANTOVANI por su parte considera que la definición del término manipulación genética puede realizarse en sentido estricto, entendiendo por ella modificación de las características naturales de la herencia genética y la creación de nuevos genotipos utilizando técnicas para transferir un segmento dado de ADN que contiene específica información genética; o en sentido amplio o impropio, que tiene lugar también en manipulación de los gametos y embriones (aunque no siempre con finalidad de modificar la herencia genética) y las técnicas de reproducción asistida, reconociendo que si bien delicados problemas médicos, biotécnicos y jurídicos se implican, estrictamente hablando no pertenecen a la esfera de la manipulación ya que la herencia o contenido genético no se altera¹¹¹.

En este orden de ideas, la alteración o la no alteración de la secuenciación del ADN “dará lugar a dos concepciones distintas de lo que debe entenderse por manipulación genética. En un sentido amplio, debe entenderse como toda relación de la biotecnología con el patrimonio hereditario humano, incluyendo la fecundación in vitro y las demás intervenciones sobre los mismos, como su recombinación o clonación. En un sentido más estricto cabría decir que se trata de la tecnología que permite aislar los genes, recodificar el mensaje genético celular, duplicarlos y transferirlos al mismo u a otro organismo”¹¹².

Para BENÍTEZ ORTUZAR, la acepción estricta de manipulación genética entra de lleno en el campo del desarrollo de la biología molecular, pudiendo denominarse también manipulación genética molecular o simplemente ingeniería genética. “La acepción amplia incluye, además de la manipulación genética molecular, la manipulación genética no molecular, cuyo material de trabajo serán las células, tejidos, u órganos, especialmente en el desarrollo embrionario humano, incluyendo la hibridación o la clonación. Además de las técnicas de reproducción asistida sin ninguna intervención artificial sobre las mismas”¹¹³.

De ello se deduce, dice BENÍTEZ ORTUZAR, que si se opta por la acepción estricta, ni la fecundación in vitro ni la inseminación asistida podrán considerarse dentro del

¹¹¹ MANTOVANI, FERRANDO: “Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection”, Revista de derecho y genoma humano, enero 1994, pág. 92.

¹¹² Así, MANTOVANI FERRANDO, en: *Le possibilità, i Rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche biomediche*, citado por BENÍTEZ ORTUZAR, ob cit, pág. 31.

¹¹³ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 33.

concepto de manipulación genética, pues como ya nos habíamos pronunciado, con su realización, en principio, no se altera el material hereditario humano¹¹⁴.

Yo no comparto la clasificación que realizan los autores antes mencionados, pues considero que ya de por sí el tópico a analizar presenta innumerables problemáticas como para entorpecer su reflexión asimilando conceptos que, insisto, si bien se encuentran íntimamente relacionados, no son ni significan lo mismo. Por ello, prefiero invertir la clasificación y considerar que la manipulación genética es una especie de la ingeniería genética, que constituirá el género, y dentro de la cual sólo se comprenden la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie (independientemente de la finalidad).

Es decir, ***toda manipulación genética es ingeniería genética, pero no toda ingeniería genética es, evidentemente, manipuladora***. Consecuentemente, las técnicas de reproducción asistida habrá que encuadrarlas en un renglón aparte - ingeniería reproductora - pues al no comportar intervenciones o alteraciones sobre los genes, no pueden ser referidas dentro del contexto de ingeniería genética y menos aún de manipulación genética.

II) LA TECNOLOGÍA DEL ADN.

Precisamente, para entender mejor el alcance de las diferencias entre las técnicas de ingeniería genética, reproductoras y de manipulación genética, vale la pena detenerse brevemente a señalar algunos conceptos básicos de contenido genético.

El núcleo de cada célula en el cuerpo humano contiene 23 pares de cromosomas, es decir, cada una de las células del cuerpo, salvo el espermatozoide y el óvulo, esta compuesto por el gen completo de 46 cromosomas. Un cromosoma de cada par se deriva del huevo materno y el otro del espermatozoide paterno. Cada cromosoma contiene de 3000 a 4000 genes, totalizando todos juntos aproximadamente 100,000 genes hechos con moléculas que constituyen las unidades funcionales de la herencia o lo que es igual,

¹¹⁴ Sin embargo, tampoco las manipulaciones genéticas no moleculares modifican el material hereditario humano, lo que, en términos de J. NEWELL, citado por SARMIENTO AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C en su obra conjunta: *Ética y genética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Segunda Edición, España, 1996, nos lleva a optar por un sentido ecléctico, excluyendo del sentido amplio solamente las técnicas de reproducción asistida, pues lo que ocurre es que ha resultado sorprendentemente fácil la inserción de genes en óvulos o en embriones, ubicándose y desarrollándose estos genes insertados perfectamente en ellos, así como la multiplicación de los mismos creando múltiples seres idénticos, lo que hace que las prácticas de reproducción asistida también estén íntimamente unidas, además de a los casos de genética no molecular, a los casos de ingeniería genética molecular.

de material hereditario. Por ello, la ciencia de la genética se entiende o define como el estudio de la herencia o de la transmisión de los genes.

Los genes son fragmentos de un cromosoma cuya función fundamental es la de dirigir la síntesis de una determinada proteína, y están compuestos y contruidos así mismos por 150 millones de bases pares de bloques químicos. De los aproximadamente 30,000 pares de base por gen, cerca del 10% son reguladores efectivos de proteína y son los portadores de la información codificada que es transmitida por los padres a sus hijos a través de las generaciones.

El material genético básico de todos los cromosomas es el ácido desoxirribonucleico, conocido como ADN o DNA. El ADN de los genes incluye en su nivel molecular toda la información necesaria para conformar completamente un organismo, ya sea bacterial, vegetal, animal o humano, y consiste en dos hebras interconectadas que forman la conocida estructura doble hélice de genes¹¹⁵. Cada hebra de ADN esta compuesta por una larga secuencia de nucleoides, y cada nucleotide esta hecho de una azúcar pentosa y de un fosfato conectado por combinación de cuatro bases: adenina, guanina, timina y citosina. La azúcar pentosa y el fosfato son siempre constantes pero la secuencia de sus pares varia, siendo esta secuencia la que provee los mensajes o códigos (el llamado código genético) para trasladar la información hereditaria hacia la producción de varias proteínas en la célula. Así, cuando una célula se divide, el ADN debe replicarse de manera que cada célula hermana recibe una copia precisa del ADN de la célula parental de ese individuo¹¹⁶, y mientras esto ocurre, una enzima en el núcleo de la célula transcribe el mensaje codificado en el ADN a una molécula mensajera que va dentro del citoplasma de la célula para ser traducida en producción de proteína.

Es esta información fundamental contenida en el ADN, y que constituye el genoma, el que proporciona la información de las características paternas de vida y crecimiento del individuo que, como ya lo hemos enunciado, esta conformado del material hereditario proveniente en una mitad (50%) de cada uno de los padres.

Ahora bien, un simple cambio en la secuencia normal de los aproximadamente 1500 nucleoides en una hebra de ADN puede resultar en una diferencia mayor en las

¹¹⁵ La estructura en doble hélice del ADN fue descubierta por J.D. WATSON Y F. CRICK en el año de 1953. Con detalle; SUZUKI Y KNUDSTON, P: *Genética. Conflictos entre la Ingeniería Genética y los valores humanos*, Fundación BBV Documenta, 1994, pág. 387.

¹¹⁶ En términos del premio Nobel, FRANCIS CRICK, quien lo definió como el Dogma central de la biología molecular; la información genética está contenida en el ADN, que tiene la propiedad de copiarse a sí mismo para su conservación; dicha información es transcrita a otra célula de ácido ribonucleico (ARN mensajero) para después ser traducida a proteínas.

características clínicas de un individuo¹¹⁷. “La sencilla mutación de un gen puede resultar en la ausencia o mal funcionamiento de una proteína vital o de una enzima, degenerando en una acumulación tóxica de productos metabólicos que esta enzima ordinariamente tendría que detoxificar”¹¹⁸, es decir, si tan sólo unas cuantas secuencias tienen un error, el resultado podrá ser un desorden genético importante.

Por ello, hoy día a nadie sorprende que la ciencia médica afirme terminantemente que algunas (muchas) enfermedades surgen de problemas en los genes¹¹⁹ e inclusive se afirma que aproximadamente 4000 de esas enfermedades o desordenes genéticos han sido identificados como posible consecuencia de un defecto, cuyo origen es siempre mutacional, en un sólo gen. Por el otro lado, si bien muchas mutaciones ocurren espontáneamente, otras pueden ser inducidas por medio de los químicos, de las radiaciones o de otras influencias externas, y cuyo mejor ejemplo lo constituyeron los primeros intentos para modificar el maquillaje genético de ciertas formas de vida inferiores a la humana y que involucraron en principio, la remoción del núcleo de células de renacuajos y su posterior trasplante dentro de huevos de rana fecundados cuyos núcleos habían sido previamente removidos, desarrollándose de esa manera ejemplares de ranas viables, teniendo todos ellos la misma y precisa presentación del renacuajo original de la cual el núcleo había sido obtenido. Este proceso se conoció como clonación nuclear porque todo un clon de criaturas genéticamente idénticas fue producido¹²⁰.

No obstante, fue hasta 1970 en que tuvo lugar una especie de revolución genética, particularmente con la invención y desarrollo de las técnicas recombinantes de ADN y que causaron mucha confusión e incluso miedo no sólo entre los habitantes, sino entre la comunidad científica de todo el planeta. Esto motivo que años más tarde, en un

¹¹⁷ Un cambio en un gen es llamado “mutación”.

¹¹⁸ ROSNER, FRED: *Jewish Bioethics*, The New York State Journal of Medicine, 1985, pág. 410. Este autor menciona que la enfermedad conocida como Tay Sachs ejemplifica este fenómeno. La mutación que produce el mal funcionamiento de la proteína resulta en la enfermedad llamada hemofilia (falta de coagulación sanguínea). Una mutación en el gen por hemoglobina - la proteína portadora de oxígeno en las células rojas de la sangre - puede llevar a la anemia.

¹¹⁹ Otros desordenes están asociados por la presencia de material cromosómico extra o bien por la ausencia de pequeños trozos de material cromosómico.

¹²⁰ Esto ocurrió en el año de 1952 en que investigadores del instituto de investigación del cáncer en Filadelfia, Pennsylvania, anunciaron que pudieron remover con éxito el núcleo de un huevo maduro aún no fecundado de rana y procedieron a reemplazarlo con un núcleo derivado de células de tejido de otros embriones. Salvo una excepción, cada huevo generó una reproducción genética exacta de la rana de la cual habían sido sacados los tejidos. A partir de ese entonces la palabra clonación o reproducción asexual se ha venido utilizando para describir la tecnología de trasplante nuclear en donde un huevo enucleado es renucleado con el núcleo de una célula de un cuerpo existente (donante), que hoy puede ser humana.

fenómeno único, los científicos propusieran y establecieran una auto moratoria dentro del ámbito de la ciencia genética recombinante del ADN, reconociendo que el desconocimiento de las consecuencias de la recombinación constituía un serio riesgo para los seres humanos en todo el orbe y que continuar con dicha experimentación sin la imposición de ciertas normas de seguridad sería incurrir en una grave irresponsabilidad¹²¹.

A través de ésta técnica, para la que varios términos han sido utilizados, entre ellos, división genética, trasplante genético, manipulación genética y por supuesto el de recombinación del ADN, el material genético dentro del núcleo, ADN, puede ser cortado enzimáticamente en cortas secuencias de genes, y estos pequeños segmentos pueden ser divididos o recombinados haciendo que sea posible transferir genes a un huésped totalmente ajeno o no relacionado, de manera tal que el material hereditario de virtualmente toda célula animal o vegetal puede ser ahora propagado en bacteria, y los genes bacteriales pueden ser insertados en células animales¹²².

Teóricamente, las ventajas potenciales de la recombinación del ADN son muchas. Ahora, algunos genes pueden ser copiados y así su precisa estructura puede ser más fácilmente estudiada. El gen transplantado puede dirigirse por conducto de la bacteria hacia el ensamble de una proteína valiosa para el hombre con lo que, por citar algunos ejemplos, insulina, antibióticos, agentes antivirales y otras numerosas medicinas, químicos y vacunas pueden ser sintetizadas en grandes cantidades por medio de esta tecnología, de manera que muchas personas que sufran de ausencia de genes y que les produzca defectos genéticos tales como el Tay Sachs, Hemofilia, Anemia falciforme y otras muchas más, podrán recibir un gen de repuesto que sustituya al gen "defectuoso". Clones de nitrógeno, productores de bacteria, serán de utilidad en el campo. Bacterias que concentren elementos tales como el uranio o platino podrán ser clonadas para incrementar la producción de estos elementos, etc.

Por el otro lado, los riesgos potenciales de la investigación y recombinación del ADN también pueden observarse. Con estas técnicas se abre la posibilidad de

¹²¹ Tiempo después de la Conferencia de Asilomar en la que ésta moratoria a la investigación se estableció, la misma fue aligerada con la introducción de ciertas medidas de seguridad, y aunque no se puso fin al debate sobre los aspectos éticos y legales de la manipulación genética de células humanas, la investigación sobre el ADN y sobre otros aspectos genéticos continuó.

¹²² Dentro de inciso VI del Apéndice de la Recomendación 16 (1984) del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre la notificación de los trabajos en los que se utilice ácido desoxirribonucleico recombinante (ADN), se definió el trabajo con ADN recombinante como la formación de nuevas combinaciones de material genético mediante la inserción de moléculas de ácido nucleico producidas por cualesquiera medios fuera de la célula en cualquier virus, plásmida bacterial u otros sistema vector con el fin de permitir su incorporación a un organismo huésped en el que de hecho no exista de manera natural pero en el que sea capaz de una propagación continuada.

intercambiar factores genéticos de unas especies a otras¹²³. Genes para productos patogénicos podrán ser transplantados en una bacteria de manera deliberada o inadvertidamente, pudiendo ocasionar **alteraciones genético ambientales** no esperadas que después no sea posible, ya no digamos destruir sino controlar.

Sobre esto, siguiendo a MANTOVANI, puede decirse que **los riesgos**, presentes y futuros **de la recombinación genética** (él se refiere a la manipulación genética en sentido propio) pueden resumirse de la siguiente manera:

a. En la producción y uso de microorganismos genéticamente modificados, posibilidad que presenta un doble riesgo, por un lado para los investigadores que están expuestos a los agentes biológicos y por el otro, **la salud colectiva y el medio ambiente**, en caso de una accidental fuga de microorganismos modificados.

b. El riesgo que presentan las técnicas y la producción de organismos genéticamente modificados para introducirlos en ambientes abiertos o no controlados. Dichas tecnologías están enfocadas principalmente, aunque no exclusivamente, en la agricultura y enfocadas en plantas, microorganismos y animales en orden de poder transferir la capacidad de ciertas bacterias.

c. Un tercer riesgo es el que se deriva de **la manipulación de células germinales** (gametos, masculinos o femeninos - huevos fecundados, cigotos o embriones antes de comenzar su división celular) **que afectarán su descendencia** y que puede tomarse en sentido terapéutico y en no terapéutico¹²⁴.

Es decir, existe la preocupación de que estas técnicas sean utilizadas, ya no para o por el beneficio del hombre, sino en contra suya; de ahí que los temores de la comunidad científica internacional sobre los riesgos de la recombinación del ADN sean fundados, y del apremio que existió y existe en regular debidamente sus aplicaciones, haciéndose necesaria la intervención del Derecho a efecto de que éste provea controles adecuados ante la imparable y necesaria investigación que en esta área de la genética ha llevado a la comunidad científica a emplearse a fondo en un proyecto que permitirá al hombre, al haber ampliado el conocimiento y el lenguaje de las células, no sólo intervenir y manipular los genes con fines terapéuticos, asumiendo una responsabilidad extra y absolutamente vital con la reserva genética humana, sino también intervenir,

¹²³ Ver; MCCORMICK, D: "Human gene therapy; The first Round", BioTechnology, Nº 4, 1986, pág. 9, para quien al margen de la evidente utilidad terapéutica, habrá que asociar también a las técnicas de recombinación genética los riesgos derivados de la posibilidad que las mismas tienen de modificar la estructura genética y los componentes mismos de la propia vida.

¹²⁴ Cfr; MANTOVANI FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection", ob cit, pág. 93 y 94.

peligrosamente, en su propia evolución, pues la posibilidad de recombinar el ADN ofrece al hombre la posibilidad de diseñar no sólo el ambiente o los otros seres vivos, "sino de diseñar el diseñador, ya que el mismo ser humano puede convertirse en objeto de esa nueva tecnología"¹²⁵.

Es indudable pues, que las grandes promesas de la genética deben observarse a la luz de sus aplicaciones, pues cualquier logro o avance científico (médico) no puede calificarse, *per se*, como ya antes señalamos, como bueno o malo, sino que más bien tiene un sentido ambivalente por lo que lo decisivo es y será, la finalidad con que se aplique en el caso concreto. En otras palabras, podemos empezar a vislumbrar los conflictos entre los diversos y contrarios intereses jurídicos que el desarrollo tecnológico en materia genética y reproductiva están ya produciendo.

III) EL PROYECTO GENOMA HUMANO.

Uno de los mas ambiciosos proyectos científicos a nivel internacional al final de este siglo es el relacionado con los esfuerzos de ubicar, secuenciar y descifrar el genoma humano y cuyo principal objetivo es el conocimiento de la información contenida en el gen y la relación física y funcional alrededor de sus varias regiones. Constituye la expresión máxima del estudio y desarrollo de lo que la comunidad científica ha llamado la *nueva genética* basada en el dominio de la tecnología recombinante - fragmentación, hibridación y secuenciación - de los ácidos nucleicos.

Así, dio inicio el 1º de octubre de 1990 una de las carreras científicas más ambiciosas en las que los seres humanos se hayan involucrado, naciendo el Proyecto Genoma Humano con una duración prevista de 15 años, un presupuesto aproximado de 3000 millones de dólares y una predicción de que el genoma humano estaría completamente secuenciado y determinado para el año 2005¹²⁶. Para ese entonces, se

¹²⁵ GAFO FERNÁNDEZ, JAVIER: "Problemas éticos del proyecto genoma humano", Cuestiones Éticas Relacionadas con la Biotecnología, Publicación de las ponencias del VIII Seminario Interdisciplinar de la Cátedra de Bioética. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Ediciones Gráficas Ortega, Madrid, 1993, pág. 221.

¹²⁶ No obstante, con justa razón se sospechaba que quizá no fuese necesario esperar hasta el año 2005 para que la comunidad científica internacional pueda secuenciar los 100,000 genes codificantes del ADN humano. En efecto, en el año de 1993 CRAIG VENTER, investigador norteamericano, informó al mundo en la Reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano celebrada en Bilbao, España, que su equipo había logrado secuenciar en un año casi 20,000 genes, y que sin duda era ya un indicativo de que los ritmos en la investigación son tan acelerados que probablemente se lograría secuenciar todos los 100,000 genes mucho antes de lo estimado cuando el Proyecto se concibió. Esa sospecha se fue confirmando, primero, tal y como lo indicó en el pasado mes de marzo del 2000 el Presidente de los Estados Unidos de América, WILLIAM CLINTON, en el sentido de que el mapa del genoma humano estaría listo "dentro de dos meses", y

estimó que los mapas estarían completados no sólo a nivel de microorganismos, plantas, primates no humanos y otras criaturas, sino quizá del ser humano en su totalidad.

Ya que los genes controlan las características humanas, esas características están determinadas por la secuencias del gen dentro del cromosoma. El Proyecto Genoma Humano, "PGH", es un esfuerzo multimillonario creado para intentar producir un estudio de la localización y atributos exactos de cada gen, es decir, es un proyecto que pretende definir en esencia la completa arquitectura del ser humano¹²⁷. "En pocas palabras, la meta es obtener el conocimiento de la información contenida en el genoma y las relaciones física y funcional entre sus varias regiones"¹²⁸.

De conformidad con lo anterior, la ciencia médica afirma que en la especie humana la información genética total está organizada en dos juegos cromosómicos de 23 cromosomas cada uno. "Cada juego cromosómico tiene una cantidad de ADN de 2.8 picogramos (1Pg = 10⁻¹² g) equivalente a unos tres mil millones de pares de bases.....El proyecto Genoma Humano, enunciado en sus términos más simples, significa el intento de secuenciar los tres mil millones de pares de bases que componen el genoma¹²⁹ *sensu lato* de la especie humana. Es decir, equivaldría a decir lo que es genéticamente el ser humano como un larguísimo número de tres millones de cifras con cuatro dígitos; las cuatro bases nitrogenadas del ADN (adenina, timina, guanina y citosina)"¹³⁰.

segundo, como indudablemente se hizo ya manifiesta cuando el pasado 26 de junio del 2000, el presidente de los EUA, el primer ministro del Reino Unido y los científicos Craig Venter y Francis Collins anunciaron al mundo el desciframiento del genoma humano Véase; Periódico El País, pág. 42, jueves 2 de marzo de 2000 y de fecha martes 27 de junio del mismo año, páginas 1, 29 a 40, inclusive.

¹²⁷ KAYE, L. HOWARD: "Genetic Research Threatens the Concept of Humanness", Biomedical Ethics, Opposing Viewpoints Series, 1993, pág. 259 y ss, se muestra menos optimista y califica al Proyecto como la culminación del reduccionismo humano en busca del entendimiento de toda vida, incluida la humana, a un nivel molecular, de forma tal que el camino hacia la acción a la deshumanización ha comenzado con la deshumanización de dicho pensamiento.

¹²⁸ BRODY, B, EUGENE: *Biomedical Technology and Human Rights, The New Genetics: Manipulation, Screening, Prediction*. New York, 1992, pág. 129. En términos similares; SHAPIRO, R: "La impronta humana (la carrera por desentrañar los secretos de nuestro Código genético)" Editorial Acero, 1993, pág. 248 y ss.

¹²⁹ 3120 millones de pares bases, para ser exactos, según se anunció en fechas recientes - 26 de junio de 2000, cuando se informó el desciframiento del genoma humano, final del principio del proyecto iniciado hace más de una década.

¹³⁰ LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: *El proyecto Genoma Humano y sus Derivaciones*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Editorial Gráficas Ortega, 1993, pág. 97. En idéntico sentido, SANMARTÍN, J: "Ingeniería genética humana: Evaluación y percepción pública de las

Ahora bien, en la búsqueda de dichos objetivos, éste proyecto ha atravesado básicamente por tres periodos;

a) El objetivo inicial es definido como la secuenciación de los mas de 3,000 millones de pares bases que constituyen el genoma humano (1984 - 1986)¹³¹.

b) De 1986 a 1988 el proyecto se redefine pues ya no se trata simplemente de la secuenciación de todos los pares bases que constituyen el genoma humano, sino que ahora se busca obtener los mapas físicos a partir de los mapas genéticos y proceder a la secuenciación de los fragmentos del ADN¹³².

c) Es lanzado el proyecto en Japón, China, Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia. Posteriormente se internacionaliza dentro de la Comunidad Europea creándose el proyecto HUGO.

Con la información primaria se obtendrá la cartografía y secuenciación completa del genoma humano, y será posible conocer la secuencia, organización y localización física de todos los genes que se estima contiene el genoma humano, así como un sin número de otras cuestiones bioquímicas que, dada nuestra obvia limitación y poco o nulo entendimiento en esa materia, consideramos inútil mencionar en este trabajo.

No obstante, las consecuencias del proyecto en la medicina, y por ende jurídicas, serán inmediatas, pues no puede olvidarse que el Proyecto fue concebido con un honorable propósito; avanzar en las fronteras de la ciencia y después, a través de

Tecnologías Genéticas", en; *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

¹³¹ Véase sobre ese particular; HAQ, M.M: "Medical genetics and the Human Genome Project: a historical review", Texas Medicine, marzo 1993, pág. 69; McKusick, V.A: "The Human Genome Project: Plans, Status and Applications in Biology and Medicine", Beauchamp, T.L & Walters, Contemporary Issues in Bioethics, Kennedy Institute of Ethics and Department of Philosophy, Georgetown University, California, 1994, pág. 622 y ss.

¹³² Esta redefinición o estructuración de los objetivos del programa es esquematizado claramente por LACADENA CALERO en la obra citada en el pie de página inmediato anterior de la siguiente manera. 1) **Mapa genético**: Obtención de marcadores genéticos - Ordenación de los grupos de ligamiento - Saturar los cromosomas con marcadores genéticos situados a distancias de 5cM (centimorgan) - Localización de genes causantes de enfermedades. 2) **Mapa físico**: Clonar el ADN humano utilizando genotecas construidas con fagos, cósmicos y YACS (cromosomas artificiales de levadura) - Solapamiento de los clones contiguos - Construcción del mapa físico. 3) **Secuenciación del ADN**: Fragmentos específicos por su interés médico - ADNc, correspondiente a secuencias expresadas (genes funcionales) - Creación de sedes etiquetadas por su secuencia (STS).

aplicaciones específicas del conocimiento adquirido, poder eliminar genes que producen desordenes y enfermedades genéticas, cambiándolos por material genético correcto.

Dicho esto mismo en términos del premio Nobel, J.D. WATSON, el proyecto servirá para que una vez que hayan sido finalmente interpretados los mensajes genéticos codificados dentro de nuestro ADN, nos proporcione *las últimas respuestas a los cimientos de la existencia humana*, ayudándonos a comprender no sólo cómo funcionamos como seres humanos sanos, sino que también nos explicará, a nivel químico, el papel de los factores genéticos en una multitud de enfermedades, como el cáncer, la enfermedad de Alzheimer y la esquizofrenia, que disminuyen la vida individual de millones de personas¹³³.

Es decir, la esperanza de que el Proyecto Genoma Humano y su investigación, no sólo identificará aquellos genes responsables de ciertas enfermedades y malformaciones sino que permitirá sustituirlos por material genético correcto a fin de evitar la influencia genética incorrecta, supone consecuentemente que los portadores de una enfermedad genética serán capaces de reproducirse sin pasar su enfermedad o defecto genético a sus descendientes.

Sin embargo, a pesar de la finalidad tan loable y de la posibilidad de que miles de seres humanos encontremos quizá una remedio para nuestros padecimientos de origen congénito, no es menos cierto que hasta en tanto no sepamos cuáles serán las consecuencias de la eliminación de estos genes (y con ellos sus deficiencias o enfermedades) en el acervo hereditario de la especie humana, no debemos abusar en su manipulación o, en términos de STANLEY COHEN "interferir con la naturaleza", constituyendo esto una de las objeciones principales a la manipulación genética, pues al sernos aún desconocido lo que ocurrirá después, no existe certeza o forma de determinar como las estructuras genéticas deberán reformarse para producir resultados específicos sin efectos secundarios impredecibles.

Por ello, ya que la finalidad primigenia del Proyecto esta vinculada con los esfuerzos médico terapéuticos y reproductivos, por ejemplo, en la prevención y cura de futuras enfermedades o en la elaboración de fármacos, es patente que entre las consecuencias inmediatas del desarrollo y obtención de mayores conocimientos y situaciones de conflicto entre distintos y muy variados intereses sociales se manifestará

¹³³ WATSON, J.D: " The Human Genome Proyect: Past, present and future", Revista Science, 248, 1990, pág. 44 y ss.

en el campo de la reproducción asistida y de la terapia genética¹³⁴, cuyo análisis y estudio habremos de abordar.

IV) INGENIERÍA REPRODUCTORA E INGENIERÍA GENÉTICA.

1. INGENIERÍA REPRODUCTORA.

Antes de aproximarse al estudio y características de las técnicas de reproducción asistida, parte integrante de lo que hemos denominado "ingeniería reproductora", conviene detenerse a analizar cuál es el fundamento que legitima o concede el derecho a la procreación y reproducción humana para de ahí, precisar el marco constitucional de las técnicas de reproducción asistida o, mejor dicho, delimitar el fundamento constitucional de la facultad de la reproducción humana a través de métodos no naturales y de cuyos límites pueden puntualizarse diversos intereses conflictuales que en ejercicio de esta facultad pueden confluir.

a) Derecho a la reproducción. ¿Existe derecho a la reproducción..... asistida? Fundamento constitucional.

La interna distribución del artículo 39 del texto constitucional español cubre diversos aspectos de la protección familiar, al tratar tanto de los hijos cuanto de la madre, de los deberes asistenciales derivados de la paternidad y de la protección de la familia¹³⁵ conforme a los tratados y acuerdos internacionales¹³⁶. Es decir, en este

¹³⁴ Coincide, SÁNCHEZ MORALES, MARÍA ROSARIO: "La ingeniería genética y las técnicas de reproducción asistida en el hombre: un marco para el análisis sociológico". Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 11, julio - diciembre, 1999, pág. 201, para quien los desarrollos y avances en el ámbito de la ingeniería genética y la reproducción asistida en el hombre, se pueden sistematizar en torno a los resultados que se obtengan con la finalización del PGH, a los diagnósticos genéticos, la progresiva identificación de genes y, finalmente, al perfeccionamiento de la terapia génica.

¹³⁵ El primer problema que se plantea al hablar de la protección de la familia es el relativo a la determinación de qué es la familia. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ésta se define como "el grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas, bajo la autoridad de una de ellas", o "el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje".

¹³⁶ El artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que el elemento natural y fundamental de la sociedad es la familia, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En el mismo sentido; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre 1966); el artículo 12 del Convenio Europeo de Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (4 de noviembre de 1950); el artículo VI de la Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre (1948); el artículo 17 de la Convención Americana de derechos humanos (1969) y; los artículos 18.1 y 29.1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de Gentes.

artículo y sus diferentes párrafos, a la mujer se le protege integralmente mientras que al padre se le exige que preste asistencia de todo orden a sus hijos¹³⁷.

Sin embargo, la Constitución Española no reconoce en ningún artículo el derecho expreso a tener hijos¹³⁸; no obstante, frente a esa ausencia de una regulación expresa constitucional sobre la materia - dado que son los avances en el campo de la ingeniería genética y reproductiva los que obligan a plantear la existencia o no de un derecho a la procreación y, en su caso, la de su carácter absoluto o limitado - ya algún sector de la doctrina se ha pronunciado por delimitar el marco constitucional de las nuevas técnicas de reproducción asistida¹³⁹ a través del entendimiento extensivo de otros derechos también constitucionales como lo son los derechos de libertad, de la intimidad, del matrimonio, de protección de la familia e, inclusive, del derecho a fundar una familia; derecho éste último que inclusive se encuentra reconocido por diversos textos internacionales¹⁴⁰. Veamos.

b) El derecho a la libertad como primer fundamento constitucional del derecho a la procreación.

La libertad y la dignidad humana son valores superiores y esenciales de cualquier régimen democrático como lo es el español. Así, la libertad en la CE, además de ser un valor fundamental del Ordenamiento jurídico, (artículo 1º CE) aparece dentro

¹³⁷ Para LA CRUZ BERDEJO, J.L., el origen de la protección familiar del artículo 39 de la CE procede del interés del legislador de establecer igualdad jurídica entre los hijos, dentro y fuera del matrimonio. Cfr: "La constitución y los hijos artificiales", Actualidad Civil, 2º, 1987, pág. 2031 y ss.

¹³⁸ Sobre esto, VEGA GUTIÉRREZ, ANA MARÍA: "Los derechos reproductivos en la sociedad post moderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 49 y ss, advierte que la consagración jurídica del derecho a un hijo, como una concreción del derecho a la reproducción, no es reconocido por ninguna de las Declaraciones internacionales de los Derechos Humanos, sino que por el contrario, lo que es abundante y pródigo son los reconocimientos del derecho del niño a unos padres y a una familia.

¹³⁹ Para MARIN GÁMEZ, JOSÉ ÁNGEL: "Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida", Poder Judicial, Nº 32, pág. 100 y ss, el hecho de que no se lea en la CE ningún derecho a la libertad de procrear, no significa que no se haya incluido (dicho derecho) en el texto o que haya quedado fuera de la "ortodoxia constitucional", no permitiéndola o prohibiéndola, sino que, en realidad, el derecho a la reproducción es constitucional no por estar expresado en la letra de la norma, sino porque es un derecho con fundamento constitucional.

¹⁴⁰ En el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 23.1 del Pacto de Derechos Internacional de Derechos Civiles y Políticos (29 de diciembre de 1966); en el artículo 12 de la Convención Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y; el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aparece reconocido el derecho a fundar una familia, aunque debe destacarse que dicho derecho se entendió ligado al derecho a contraer matrimonio y al carácter heterosexual del mismo.

del elenco de derechos calificados como fundamentales en el artículo 17 del mismo texto constitucional, por lo que no puede entenderse más que en un sentido amplio, de manera tal que concorra frente al resto de los valores y principios del propio sistema democrático.

Señala el artículo 17 de la CE lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la Ley”.

Este derecho se actualiza, bajo una perspectiva limitada, en la protección de la libertad deambulatoria, y en una acepción extensa, a la libertad de obrar o la libertad de decidir; libertad esta última que encuentra estrecha relación con el tema que nos ocupa, pues los avances genéticos junto con los nuevos desarrollos en el área de la reproducción asistida humana podrán llegar a plantear algún límite, positivo o negativo, a la libertad personal.

De esta manera, al haber un reconocimiento constitucional a la libertad (como valor jurídico), existe por ende un derecho para que la persona pueda actuar en un ámbito determinado, con plena autonomía, pues si el Ordenamiento jurídico no fija expresamente los límites de la libertad humana, el individuo puede realizar todo aquello que expresamente no este prohibido¹⁴¹, pues la Constitución ha instaurado un sistema de derechos y libertades cuya restricción requiere razones de peso.

La libertad como derecho constitucional debe entenderse, se insiste, no de manera limitada¹⁴², sino como el “derecho autónomo que, en principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal”¹⁴³. En otras palabras, “el concepto de libertad se extiende a todo el pensamiento, consciencia y acción del ser humano, no limitados legítimamente de modo expreso.....La libertad tiene una manifestación más de carácter absoluto que determina la falta de sujeción y subordinación del individuo a otro”¹⁴⁴. La libertad implica la facultad de

¹⁴¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA: *El derecho a la reproducción humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 42.

¹⁴² Es decir, que tiene un alcance mayor que el relativo con la prohibición de detención arbitraria.

¹⁴³ FREIXES SAN JUAN, T, Y REMOTTI, J.C: *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 14.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ EZNARRIAGA, LUIS ZARRALUQUI: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, Madrid 1988, Editorial Tecnos, pág., 51.

autodeterminación personal, con ausencia de cualquier presión exterior o acondicionamientos que la hagan imposible¹⁴⁵.

Y si así lo entendemos, "el problema del derecho a la reproducción humana como derecho de autodeterminación física es propiamente un problema de libertad, pues supone una opción de trascendencia especial que vincula muy directamente la libertad física por el cúmulo de derechos y obligaciones que derivan de la procreación, y tratándose de la reproducción asistida, al no derivarse el acto procreativo de la relación sexual, la reproducción es, en si misma, un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto"¹⁴⁶.

Bajo el anterior razonamiento, se puede derivar el primer argumento para estimar que la reproducción es el ejercicio de la libertad, que no es otra cosa que la autodeterminación de la persona. De esta manera considerado, el derecho a la reproducción es un derecho de carácter fundamental y también constitucional, pues reproducirse comprenderá el ejercicio del derecho fundamental a la libertad que permitirá a un sujeto decidir sobre su reproducción o sobre su deseo de no reproducirse.

Por lo tanto, el derecho a la reproducción humana encuentra un primer fundamento constitucional a través de este reconocimiento o manifestación de la libertad y goza de la consideración que la Constitución otorga a esta como derecho fundamental¹⁴⁷.

Inclusive, la interrogante de si procrear constituye o no un derecho, fue un tema ampliamente discutido en la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA). Como consecuencia de ello, la Exposición de Motivos concluyó que a partir del respeto a los derechos de la mujer de fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

¹⁴⁵ DE ESTEBAN, J, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J: *Curso de derecho Constitucional español*, Vol II, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993, pág. 65.

¹⁴⁶ Así; GÓMEZ SÁNCHEZ: *El derecho a la reproducción humana*, ob cit, pág. 48.

¹⁴⁷ *Ibídem*, pág. 52.

Y si esto se menciona ahora es porque el derecho reconocido a procrear de la mujer (sola)¹⁴⁸, se fundamentó en el derecho a la libertad individual¹⁴⁹ y que abarca el someterse a una técnica de reproducción asistida consentida¹⁵⁰.

b.1) El derecho a la procreación en la mujer sola. No obstante, sobre el derecho o no a la maternidad de una mujer sola, las opiniones de la doctrina son completamente diferentes, encontrando desde quienes consideran que debe apoyarse y sostenerse su permisibilidad Constitucional¹⁵¹, hasta la de quienes se pronuncian por su prohibición¹⁵².

Así por ejemplo, para FERNANDO PANTALEON, no cabe deducir del derecho a fundar una familia un derecho de la mujer sola a acceder a las técnicas de reproducción asistida, pues le resulta muy dudoso que pueda fundamentarse en el derecho a fundar

¹⁴⁸ A diferencia de la legislación en España, el Report of Committee of Inquiry into Fertilization and Embriology de julio de 1984, Department of Health & Social Security, DBE, London, también conocido como el Informe Warnock (El nombre de la presidenta de dicho comité, Mary Warnock) se pronunció en contra de la reproducción en la mujer sola. De igual manera, la Ley Sueca sobre inseminación en su artículo 2º (año 1984) se pronunció en contra de dicha práctica.

¹⁴⁹ El problema de admitir el derecho a la mujer sola de acceder a las técnicas de reproducción asistida, presenta un aparente enfrentamiento con el derecho consagrado en el artículo 14 de la CE relativo a la igualdad entre el hombre y la mujer, pues al conceder tal derecho, (a procrear vía reproducción asistida) basado en el ejercicio a la libertad de la mujer, tendríamos, en consecuencia con este criterio, (igualdad) permitir al hombre fundar una familia por medio del alquiler de una matriz, es decir, de un contrato de maternidad de alquiler, cuya conducta se encuentra, según veremos más adelante, positivamente prohibida.

¹⁵⁰ No obstante, éste como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho absoluto sino limitado en función de la Ley, de los derechos de los demás y del propio orden social, que en materia de derechos y libertades no puede estar restringido sino por la propia norma fundamental, esto es, la Constitución.

¹⁵¹ Cfr; CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLI; Fascículo II, Mayo - Agosto. 1988, pág. 421 y ss, para quien es lícita la inseminación o fecundación en mujer sola pues tampoco resultan afectados, si la técnica se lleva correctamente, otros intereses jurídicos, por lo que los derechos y libertades constitucionales la amparan plenamente y para rechazarla no se puede decir que el hijo tiene derecho a un padre, porque no existe el pretendido derecho, ya que de reconocerse ello conduciría a imponer la absurda obligación de tener hijos sólo dentro de la pareja heterosexual, lo que no resulta acorde, desde su punto de vista, con la libertad, y sobre la forma de vida y los comportamientos sexuales que se derivan de la Constitución.

¹⁵² Entre otros; VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: "Las nuevas formas de reproducción humana: Introducción y panorama general", Revista General del Derecho, 1986, pág. 3724, quien califica de indeseable situación la práctica de una técnica de reproducción asistida en mujer sola.

una familia el derecho a procrear por medios asistidos que precisen la colaboración de terceros¹⁵³.

Empero, consciente de que el legislador en materia de reproducción asistida, no debe, por el prestigio de sus normas, sino prohibir únicamente lo que no tiene más remedio que prohibir, a efecto de salvaguardar la dignidad de las personas y los derechos fundamentales de los nacidos, fruto de aquellas técnicas, considera que sólo deben prohibirse la fecundación asistida post mortem¹⁵⁴ ¹⁵⁵ y cualquier técnica que tienda a garantizar, frente al futuro ser, el anonimato de su padre o de su madre¹⁵⁶.

¹⁵³ Ver; PANTALEON, FERNANDO: "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución"; en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 15. Mayo - Agosto, 1993, pág. 132. En contra; CUERDA RIEZU, para quien tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro están protegidas, como técnicas en sí, por ciertos derechos y libertades reconocidos por la Constitución. "La inseminación artificial y la fecundación in vitro surgen no para subvertir los códigos morales imperantes sino para resolver un problema acuciante como es la esterilidad de la pareja humana, objetivo que también se encuentra garantizado por la Constitución de manera directa, a través del reconocimiento al derecho al matrimonio y la obligación correlativa del Estado de proteger la familia, e indirectamente, a través de todos los tratados y acuerdos internacionales de los que España es parte y que comprenden el derecho a fundar una familia y a contraer matrimonio". Para MARIN GÁMEZ: "Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida", ob cit, pág. 96, hablar de constitucionalidad de las técnicas de reproducción asistida no es más que hablar de los sujetos, los derechos y los bienes jurídicos en juego.

¹⁵⁴ Opinión que no esta acorde con los términos de la LTRA, misma que permite la práctica de la fecundación post mortem si son cumplidos las condiciones estipuladas y dentro del plazo señalado en el artículo 9º de la mencionada Ley. Sin embargo, la Ley es omisa en lo que respecta a la transferencia de un embrión crioconservado "post mortem". VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: "La regulación de la reproducción humana en el Derecho español", *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1988, pág. 112, considera que la fecundación post mortem implica un ejercicio desorbitado de un derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la libertad de procrear que se desprende del derecho a fundar una familia por tanto que tal derecho termina con la muerte del titular.

¹⁵⁵ En; "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", Jueces para la Democracia, Nº 5, año 1988, pág. 19 y ss, PANTALEON FERNANDO afirma que la admisión legislativa de la fecundación post mortem es rotundamente inconstitucional, calificándola inclusive de insensata por el hecho de que, según él, no cabe reconocer eficacia a la declaración de voluntad por la que un sujeto autoriza el empleo de su semen tras su muerte con fines de procreación. Es decir, como un muerto no puede confirmar un acto, ello le lleva a sostener la inconstitucionalidad de la fecundación post mortem como consecuencia de la imposibilidad de revocar un acto de voluntad, como todos los demás, revocable. Adicionalmente señala que la fecundación post mortem es frontalmente contraria al artículo 39.3 de la CE que constitucionaliza el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, en cuanto da lugar a que venga un al mundo un niño sin un padre que haya de cumplir con aquel deber. Así también, para BELLVER CAPELLA, VICENTE: "El Tribunal Constitucional ante la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica", Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 11, julio - diciembre 1999, pág. 138 - 141, la exigencia de la protección integral de los

FERRANDO MANTOVANI¹⁵⁷, por su parte considera que la maternidad de una mujer sola debe prohibirse pues entre el derecho a procrear, que reconoce, y el derecho de la persona de tener una familia normal, y que considera es aquella formada por dos padres, debe prevalecer el interés del niño ha tener un padre y una madre sobre el derecho de la mujer ha procrearse¹⁵⁸, destacando que en realidad no se trata simplemente de un problema del ejercicio de libertad individual sino de como encontrar un balance legislativo entre ambos intereses¹⁵⁹.

Para HERNÁN CORRAL TALCIANI, la inquietud en torno al supuesto derecho de la mujer sola a acceder a las técnicas de reproducción asistida, gira alrededor del cómo puede armonizarse el Derecho y las normas (art 6º LTRA) que permiten acceder a las técnicas reproductoras asistidas a la mujer sola, (o viuda) con la disposición que ordena

hijos le lleva a concluir que la fecundación post mortem, consentida, es contraria a al CE. "Se crea una familia a costa de los intereses del hijo".....

¹⁵⁶ Por ello, estima Pantaleon, el artículo 5.5 de la Ley es radicalmente inconstitucional en cuanto vulnera el artículo 39.2 de la CE que prescribe que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad, consagrando así claramente el derecho de toda persona a conocer su origen genético, etc. Cfr; PANTALEON, FERNANDO: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", ob cit, pág. 32. En una dirección similar, BELLVER CAPELLA: "El Tribunal Constitucional ante la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica", ob cit, pág. 137, critica la determinación del TC de no considerar contrario a la CE el artículo 5.5 de la LTRA por ser no sólo claramente contrario a la garantía constitucional del artículo 39.3 CE, sino porque el permitir la investigación a los hijos nacidos por fecundación natural y prohibirla a los nacidos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida constituye una discriminación por razón del modo de ser concebido, lo cual es contrario al artículo 14 CE.

¹⁵⁷ Cfr; MANTOVANI, FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection", ob cit, pág. 110 y ss.

¹⁵⁸ En el mismo sentido; BARBERO SANTOS, MARINO: "Fecundación asistida e ingeniería genética Consideraciones jurídico - penales", *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editor Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, páginas 316 y ss, para quien en la gestación en la mujer sola se pretende crear un hijo que no tendrá padre *ab origine*, y que por ello menoscabará gravemente los derechos de dignidad e igualdad del hijo nacido en estas condiciones.

¹⁵⁹ BELLVER CAPELLA, VICENTE: "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 10, enero - junio 1999, pág. 45 y ss, afirma a propósito del derecho de una mujer sola a acceder a las técnicas de reproducción asistida o a concebir sin necesidad de pareja, que los hijos engendrados en tales condiciones pueden considerarse con propiedad, huérfanos biológicos "porque pierden a su padre biológico, aquel que, en el anonimato, aportó el gameto masculino...pues una cosa es que un hijo se quede sin padres y otra cosa es que el Derecho permita que se creen situaciones de orfandad biológica". En síntesis, es partidario de la prohibición de la práctica de una técnica de reproducción asistida en una mujer sola, cuya ratio legis se encontraría, afirma, en asegurar al nacido dos padres biológicos, o al menos sociales.

que ellas se lleven a cabo como medio para remediar la esterilidad, cuando es evidente, dice, que en estos casos no puede hablarse de esterilidad¹⁶⁰.

Sin embargo, esta inquietud de estricto contenido jurídico es sólo aparente, pues precisamente esta fue una de las razones por las que dos días después de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se publicó la Corrección de Errores de la mencionada Ley, rectificándose, entre otros, el apartado 2 del artículo 1, sustituyendo el enunciado “las técnicas de reproducción tienen por finalidad la actuación médica ante la esterilidad...” por el actual que reza “las actuaciones de reproducción tienen por finalidad *fundamental* la actuación médica ante la esterilidad”, reconociéndose así la posibilidad de que las mujeres accedan a la maternidad sin necesidad de padecer patologías que alteren su capacidad reproductora¹⁶¹.

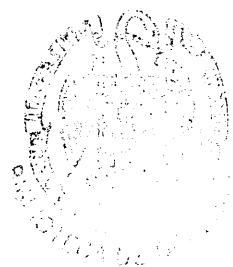
Finalmente, LUIS ZARRALUQUI destaca que el derecho a la procreación no es un derecho de ejercicio estrictamente individual, sino de ejercicio mancomunado y heterosexual, pronunciándose en contra de la práctica de medios o técnicas de procreación en la mujer “sola”¹⁶².

- Ahora bien, estas interrogantes sobre la constitucionalidad o no de algunas de las técnicas de reproducción asistida fueron planteadas específicamente a través del recurso de inconstitucionalidad 376/89, promovido por Diputados del grupo

¹⁶⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines”, Revista de Derecho Privado, marzo 1992, pág. 205.

¹⁶¹ De esta opinión, GÓMEZ SÁNCHEZ: *El derecho a la reproducción humana*, ob cit, pág. 80 y 81. En contra PANTALEÓN, FERNANDO, el cual sostiene que el adjetivo “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley” del artículo 6.1 de la LTRA, parece significar que, para que una mujer pueda hacer uso de la técnicas de reproducción asistida no es indispensable que sea estéril, lo que le resulta contradictorio, pues el entiende que lo que el artículo 1.2 establece “finalidad fundamental”, no abarca la posibilidad a la que SÁNCHEZ GÓMEZ se refiere. También se pronuncia en contra de la introducción por medio del BOE de 26 de noviembre de 1988 del término “fundamental”; HERNÁNDEZ IBAÑEZ, CARMEN: “La filiación en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 75, por cuanto que a su juicio la Ley sólo debiera permitir la práctica de las técnicas de reproducción asistida como vía para combatir la esterilidad y no como una posibilidad más de procreación.

¹⁶² SÁNCHEZ EZNARRIAGA: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 71 y 72. En sentido similar, para BARREDA GARCÍA, ARMANDO; “Las novísimas leyes de reproducción asistida y donación de embriones y fetos humanos”, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 37, año 1989, pág. 214, parece muy discutible que quien puede engendrar por medios naturales tenga un derecho a hacerlo por medio de los medios señalados en la Ley.



Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida.

En lo que ahora interesa, el recurso alegó como motivo de inconstitucionalidad, o mejor dicho, invocó la violación a la garantía institucional a la familia en la Constitución de la que, desde el punto de vista de los diputados recurrentes, resultan o se desprenden una serie de principios jurídico constitucionales constitutivos del núcleo normativo indisponible delimitador de los rasgos de la institución familiar en la Constitución, entre los cuales se encontraría el matrimonio heterosexual como núcleo originario y del que pueden desprenderse relaciones paterno filiales.

La Ley, estimaron, contiene un ataque directo a la esencia de la institución familiar al posibilitar la concepción por mujeres solas y al permitir el anonimato del padre - donante -. "En particular, el conjunto institucional de las relaciones paterno filiales constituye un haz de derechos y obligaciones generado desde el momento de la concepción y consolidado con el nacimiento del hijo, y que, en el sistema de la Ley, desaparecería desde el momento en que se veda al hijo el conocimiento de quien sea su progenitor. Por ello resultaría claramente vulneradora del artículo 39.2 CE así como del contenido esencial de la protección de la familia a que elude el artículo 39.1"¹⁶³.

Sin embargo, el TC desestimó los argumentos esgrimidos, pues consideró en relación a la inconstitucionalidad planteada por considerar que la Ley viola el contenido de la garantía institucional de la familia de la que se derivan una serie de rasgos identificativos de la familia entre los que explícitamente se citan el matrimonio heterosexual y la posibilidad de que en él se desprendan relaciones paterno filiales determinadas legalmente con arreglo al principio de seguridad jurídica, que si bien no es posible negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un reducto indisponible o núcleo esencial del mismo, no es menos cierto, dice el Tribunal, que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los diputados recurrentes.

Así, siendo evidente que en dicho precepto (art 39.1 CE) se incluye la familia matrimonial¹⁶⁴ "también lo es que nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en

¹⁶³ Ver; STC 116/99 de 17 de junio que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 376/89 promovido por Diputados del grupo Parlamentario Popular contra la Ley de 22 de noviembre de 1988, de Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 162. Suplemento, Jueves 8 julio 1999.

¹⁶⁴ Citando como base de esa afirmación el Fundamento jurídico 4º de la STC 45/1989.

nuestra cultura - en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales - esa modalidad de vida familiar”¹⁶⁵.

En consecuencia, continua la STC, no puede establecerse un obligado paralelismo entre los perfiles constitucionales de la familia y el concepto de ésta, mucho más restringido, del que parten los recurrentes. En otros términos, el concepto constitucional de familia no se reduce a la matrimonial y de ese entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional, ni por lo tanto, del principio establecido en el artículo 39.1 CE¹⁶⁶.

c) El derecho a la intimidad como segundo fundamento constitucional del derecho a la procreación.

El Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la intimidad como el respeto a una vida privada que ha de permitir al sujeto tomar autónomamente y sin injerencias las decisiones que afecten a su esfera de la intimidad personal y familiar, no identificando a la intimidad como la opción personal del sujeto, sino como algo que “contribuye a la posibilidad de elegir lo que uno puede hacer con su vida” ¹⁶⁷. Para SEMPERE RODRÍGUEZ, el derecho a la intimidad representa la parte personalísima comúnmente reservada, de los asuntos, designios o elecciones de un sujeto o una familia¹⁶⁸, estableciéndose una protección en la que no pueden intervenir ni los particulares ni el Estado.

Entendido así, el derecho a la intimidad personal y familiar protege las decisiones del sujeto que afecten a sus relaciones con otros, a sus opciones sexuales, a la decisión de contraer o no un vínculo matrimonial y a la procreación.

Por lo que se refiere al Derecho internacional, el Convenio de Roma¹⁶⁹ prohíbe las injerencias de los poderes públicos en la vida privada y familiar, señalando el

¹⁶⁵ Fundamento jurídico 13 de esta STC 116/99.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ GARCÍA SAN MIGUEL, L: *Estudio sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 18.

¹⁶⁸ SEMPERE RODRÍGUEZ, C: *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, Comentario a la Constitución Española de 1978*, Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil, tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pág. 461.

¹⁶⁹ Artículo 8º del Convenio de Roma:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Tribunal Europeo, vía jurisprudencia, que las relaciones familiares deben incluirse como parte del concepto de vida privada, lo que quiere decir para GÓMEZ SÁNCHEZ, que la intimidad no tiene que ver con la decisión de un sujeto sobre su propia reproducción (que constituye un acto y derecho a la libertad) sino con la garantía que impide la intromisión en la vida privada de un sujeto, alcanzando por ello a las decisiones que rodean la reproducción humana, ya sea que esta se produzca de forma natural o por medios artificiales.

d) El derecho a fundar una familia como tercer fundamento del derecho a la procreación.

La CE, entre los principios de política social y económica (art 39.1) encarga a los poderes públicos la protección social, jurídica y económica de la familia.

Dice el mencionado artículo 39 de la CE lo siguiente:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En estricto sentido, según se desprende del texto constitucional y de la doctrina, la norma constitucional obliga a los poderes públicos a asumir la protección familiar en un triple aspecto; social, económico y jurídico¹⁷⁰. Es decir, la CE no obliga a los poderes

-
2. No puede haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto y cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás>

¹⁷⁰ ESPIN CÁNOVAS, DIEGO: "Artículo 39, Protección de la Familia", en; *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil, Edersa, Tomo IV, 1996, páginas 45 y ss. Así también, para MARIN GÁMEZ: "Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida", ob cit, pág. 99, el artículo 39 de la CE condensa una noción ética de la familia que se intenta

públicos a la creación de unidades familiares, pero si obliga, una vez que la familia ha nacido o se ha constituido, ha protegerla¹⁷¹.

Ahora bien, no obstante que la CE no incorpora expresamente el derecho a fundar una familia, dicho derecho esta incorporado al Ordenamiento jurídico español a través de los tratados internacionales ya mencionados de los que España es parte, en los términos del artículo 96.1 de la constitución¹⁷².

De ello se deduce que si por derecho a fundar una familia se entiende “el ejercicio del derecho a la procreación, puesto que las relaciones de la vida familiar precisamente surgen y se ponen de manifiesto en tanto que subyace una generación”¹⁷³, entonces es posible afirmar que en el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a la reproducción humana, integrado, por una parte, del derecho fundamental a la libertad, y por la otra, del derecho a la intimidad personal y familiar y por el derecho a fundar una familia¹⁷⁴.

Es decir, es indudable que el Hombre tiene, en circunstancias normales, derecho a que no se le prohíba o limite su derecho a la procreación.

e) ¿Tiene limites el derecho a la procreación? Intereses en conflicto.

Empero, una de las interrogantes que interesa resolver en este momento, es si el derecho a la reproducción es simplemente un derecho que impide al Estado o a un tercero impedir el ejercicio libre a un sujeto, o si éste derecho por parte del sujeto le permite exigir al propio Estado la aportación de los medios necesarios, tecnológicos,

proteger desde los poderes públicos, desplegando esos tres aspectos importantes, el social, el económico y el jurídico.

¹⁷¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA: *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, pág. 285.

¹⁷² Cabe aclarar que los Documentos y textos internacionales, a diferencia de la CE, vinculan el derecho a fundar una familia con el derecho al matrimonio, entendiendo que una es consecuencia de la otra. Esto tiene trascendencia pues, al existir tal distinción en la CE, no puede reconocerse en el derecho al matrimonio fundamento (otro) para el derecho a la reproducción humana.

¹⁷³ DOMÍNGUEZ RODRIGO, L.M: *Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones familiares no matrimoniales*; Homenaje a José Luis Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989, pág. 361.

¹⁷⁴ De idéntico parecer, VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: “La regulación de la Reproducción humana en el Derecho español, *Derechos Reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1988, pág. 59, para quien la fundamentación de la libertad de procrear de la persona en el derecho español se encuentra fundamentada en su dignidad y derechos inherentes, que en este caso identifica en el derecho a fundar una familia al que se refiere el artículo 16 de la Declaración Universal de la Derechos Humanos.

para alcanzar esa finalidad. Dicho en otras palabras, debemos respondernos si el derecho a la reproducción que, según concluimos, se reconoce y extrae del marco constitucional Español, se limita a aquellas formas que utilizan sólo los medios naturales por medio del coito, o si por el contrario, puede extenderse y con qué límites, a otras formas no naturales de reproducción

Por ello, si basamos el derecho a la procreación en la libertad como valor y derecho fundamental y lo vinculamos al derecho a la intimidad personal y familiar, en el respeto a la vida privada y en el derecho a fundar una familia, debemos aceptar que, como tampoco son absolutos los derechos de donde el derecho a la procreación se extrae o se deriva, el **derecho a la procreación es también limitado**¹⁷⁵, y dichos **límites** de los derechos **se encontrarán** en la misma Constitución, la cual, por su propia organización, tiene la necesidad de proteger o preservar **otros derechos** y bienes constitucionales, por lo que el ejercicio de los derechos fundamentales, dice el TC, debe ser compatible en función de los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos¹⁷⁶.

Es decir, cuando para ejercitar lícitamente el derecho a fundar una familia y a la procreación sea necesario la intervención de terceras personas, (como sucede cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida), se debe tener en cuenta que ello implica una cierta renuncia a la intimidad familiar, pues se origina una dependencia “externa” para el logro de la finalidad procreativa, es decir, fundar una familia. De esta manera, si el o los individuos han aceptado la intromisión de terceros ajenos a la unidad familiar para la consecución del fin procreativo, también han permitido, ante el carácter no íntimo característico de las mismas, que surja un ámbito de licitud constitucional que permitirá y facultará a los poderes públicos a limitar el acceso a las técnicas de reproducción asistida en aras de la preservación de intereses individuales y colectivos,

¹⁷⁵ Como todo derecho, según sentencias STC 11/1981 del 8 de abril; 2/1982 del 29 de enero; 91/1983 del 7 de noviembre y 120/1990 del 27 de junio.

¹⁷⁶ En la CE, el constituyente otorgó un rango superior a la protección de la persona, y por ello, sólo deberá ser digno de protección constitucional un avance técnico del tipo que sea, si con él no se lesionan intereses protegidos por la técnica de los derechos fundamentales. Si los avances científicos y técnicos permiten el desarrollo de estos derechos, deben ser acogidos y regulados por el Ordenamiento; si por el contrario, estos avances o descubrimientos pueden llegar a comportar una lesión de los derechos fundamentales de la persona, deben ser examinados desde la óptica constitucional y regulados de forma que se impida esta lesión. Así; TRIÁS ROCA, ENCARNACIÓN: “La incidencia de la inseminación - fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *La filiación a finales del siglo XX*, Editorial Trivium, 1988, pág. 24 -25.

pues hacen emerger con carácter preferente los intereses colectivos en el ámbito familiar¹⁷⁷.

Esto quiere decir para el profesor ROMEO CASABONA, que si bien el derecho a la reproducción se extrae de la Constitución, dicho derecho fundamental es, como ya se dijo, limitado, por lo que **el empleo de técnicas de reproducción asistida es constitucionalmente lícito y permitido en la medida en que no afecte otros derechos de igual naturaleza**, lo que le lleva a afirmar que el derecho a la reproducción estará limitado por aquellos otros derechos de los que también gozará el nasciturus, tales como el derecho a la identificación del padre y la filiación, el derecho a tener un padre, biológico o legal, etc, de manera tal que aquellas técnicas de reproducción asistida que imposibiliten el ejercicio de estos u otros derechos constitucionales, difícilmente podrán considerarse lícitas¹⁷⁸ y permitidas bajo un perfil constitucional¹⁷⁹.

En la misma dirección, PANTALEON destaca que si bien la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar, (art 18.1) que sin duda ampara el derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción por medios naturales, al abrigo de injustificadas intervenciones por parte del Estado, de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear también por medio de técnicas de reproducción asistida, pues si bien el deseo de tener un hijo entra en el ámbito del principio del libre desarrollo de la personalidad, estima el autor, el interés general en que los niños nazcan en un seno de una familia más estable, en cuanto fundadas en el matrimonio, sería razón objetivamente bastante para sostener la

¹⁷⁷ Para el profesor ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, en: "Algunas consecuencias vinculadas con la eugenesia y la reproducción humana: El diagnóstico preconcepcivo y el diagnóstico prenatal", Eguzkilore, Nº Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre 1992, pág. 163, lo que aquí se plantea es la cuestión de si existe un derecho individual absoluto a la procreación, o si son admisibles restricciones o incluso la negación de tal derecho en los supuestos mas extremos.

¹⁷⁸ O en palabras de BELLVER CAPELLA: "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", ob cit, pág. 58, el derecho de los padres a reproducirse tiene un contenido de derecho - deber -; derecho que consiste en que nadie puede impedir u obligar a una pareja a la procreación, pero que no abarca la satisfacción del ansia a reproducirse a cualquier precio. "La reproducción humana tiene también una dimensión de deber que incluye, en primer lugar y en cualquier caso, el principio de filiación, que asegura la existencia de un padre y una madre biológicos y la aparición de un código genético completamente original..." pues la libertad de tener o no hijos, no incluye la voluntad de tenerlos de cualquier manera.

¹⁷⁹ Lo que en términos de VEGA GUTIÉRREZ, ANA MARÍA: "Los derechos reproductivos en la sociedad post moderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?, ob cit, pág. 49, significa que no caben derechos reproductivos absolutos sino todo lo contrario, los derechos y las necesidades de los hijos nacidos y futuros y el bien común imponen sus límites.

constitucionalidad de una Ley que limite el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas casadas¹⁸⁰.

Pero en la doctrina esto no es unánime¹⁸¹, ya que hay quienes consideran que el límite al derecho constitucional o con fundamento constitucional de la procreación no puede encontrarse en estas consideraciones, pues otorgar el derecho a la reproducción a una mujer sola no es inconstitucional en tanto que en ninguna parte de la redacción del artículo 39.3 de la CE se deriva inexcusablemente que todo hijo deba tener un padre y una madre que le presten asistencia de todo orden, simultáneamente¹⁸².

Es decir, existe un derecho a conocer quien es el padre, más de ello no puede desprenderse que se violente un derecho constitucional del futuro nasciturus cuando la mujer decide, en el marco de su desarrollo personal, no cohabitar o vivir con el padre u otro hombre e inclusive con una mujer.

Debe recordarse, de cualquier manera, que en el plano legal la misma Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida resuelve este aparente conflicto¹⁸³ en favor de los intereses de los progenitores, al permitir la práctica de los métodos de reproducción asistida en una mujer sola¹⁸⁴, sin considerar por ello que se estén lesionando intereses o derechos del niño; es decir, ello significa, entre otras cosas, que para el legislador el niño así nacido no será afectado en su dignidad por nacer en el seno de una familia no convencional.

Personalmente, comparto esta última posición ya que no puede desprenderse del texto Constitucional que el ejercicio del derecho a la procreación este condicionado

¹⁸⁰ Ver; PANTALEON, FERNANDO: "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución" ob cit, pág. 130. En la misma dirección; SÁNCHEZ EZNARRIAGA: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 148, la forma en que la procreación asistida puede estar protegida por los derechos fundamentales citados, es cuando ésta no dañe o agreda la estructura de la familia, como bien jurídico universalmente protegible, en la que el futuro individuo debe nacer, insistiendo en que la práctica de los métodos en "mujer sola" se crea una persona a la que ilícitamente se le limita por anticipado el marco de su entorno familiar.

¹⁸¹ Además de que la cuestión planteada de inconstitucionalidad ya ha quedado resuelta en los términos antedichos de la STC 116/1999.

¹⁸² Así, GÓMEZ SÁNCHEZ: *El derecho a la reproducción humana*, ob cit, pág. 71-74.

¹⁸³ Artículo 6º LTRA.

¹⁸⁴ En el marco de la Comunidad Europea, el caso opuesto lo encontramos por ejemplo en la legislación noruega - artículo 2.2 de la Ley 56 de 5 de agosto de 1994 Sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina -, o francesa - artículo 152.2 del Código de Sanidad Pública -, mismas que requieren que la mujer este casada o conviva (formen pareja) con un hombre en relación estable equiparable al matrimonio.

a un marco familiar fijo o expresamente determinado. Sin embargo, debo matizar, esto sólo es sostenible en la medida en que estemos frente a técnicas de reproducción asistida que, por si mismas, no lesionen el derecho del nacido a conocer su identidad genética. En otras palabras, el derecho a tener dos padres no constituye una limitación o restricción al derecho a procrear por medio de técnicas de reproducción asistida, salvo cuando la técnica impida materialmente conocer el origen biológico - genético del progenitor¹⁸⁵.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, si bien la legitimidad de la reproducción asistida encuentra fundamento en el cumplimiento del derecho a la reproducción como tal, al desarrollo de la personalidad, a la paternidad y maternidad, viendo así realizado el ejercicio al derecho a la libertad, la intimidad y la igualdad, protegiendo el derecho a crear o fundar una familia y favoreciendo el cumplimiento de la paternidad y maternidad de la pareja, los límites a este derecho a la procreación asistida sólo deberán estar impuestos por aquellas acciones que puedan atentar contra algún derecho de carácter fundamental sobre el cual éste no pueda prevalecer.

Así, podría explicarse por qué en el caso del ejercicio de los derechos ya enunciados, incluyendo la libertad, entendido como facultad de autodeterminación, que permitirá el acceso a las técnicas de reproducción asistida y que posibilitará el embarazo de la mujer y el ejercicio del derecho a procrear, el derecho a la procreación asistida consideramos debe ser limitado en el caso de que la mujer consienta en someterse a la práctica de una técnica de reproducción asistida con el conocimiento de que el producto o descendencia nacerá con una enfermedad o patología genética grave, pues entendemos que dicha limitación provendrá del mismo texto constitucional que consagra el derecho y la consecuente obligación del Estado a la protección de la salud¹⁸⁶. De tal suerte que se podrá negar y por ello limitar el ejercicio del derecho a la libertad de procrear con o por medio de un medio asistido, pues la utilización de los

¹⁸⁵ De la misma opinión, MARIN GÁMEZ: "Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida" el cual entiende (y distingue) que una limitación o restricción al derecho a procrear no es el derecho a tener dos padres, sino el derecho del nacido a conocer quienes son sus progenitores - derecho a la investigación de la paternidad -.

¹⁸⁶ Sin embargo, la LTRA no lo considera así, pues, no obstante, cuando establece que "toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de **desaconsejar su transferencia para procrear**"(art 12.1), está afirmando desde nuestro punto de vista (al señalar "aconsejar") que a pesar de haberse comprobado o revelado la presencia de una enfermedad o malformación hereditaria grave o su futuro desarrollo, deberá respetarse la voluntad de la mujer receptora o de quien proviene el preembrión o el gameto y continuar, a pesar del resultado genético obtenido, con la práctica de la intervención reproductora asistida.

avances técnicos no pueden constituir un atentado contra el beneficio del interés general¹⁸⁷.

En otras palabras, si el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, esto significa que **nunca podrá ejercerse un derecho con violación del derecho de otro**. Sin embargo, dado que no cualquier violación de un derecho fundamental producida a raíz del ejercicio de un derecho convierte dicho ejercicio en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional o legal, será indiscutiblemente trascendente que el legislador precise con claridad, una vez realizada la ponderación entre los beneficios y riesgos que supone el ejercicio de una determinada actividad, cuál de ellos debe prevalecer siempre, creando así un bien jurídico recogido de distintos intereses, legítimos pero encontrados, y por ende, el límite normativo que en cualquier campo o actividad humana, incluyendo la que es objeto de estudio, debe prevalecer.

Por ello estimo, sin abrigar duda, que en un tema como el que nos hemos propuesto analizar, es y será necesario resolver qué derecho o derechos deben ceder o prevalecer en determinadas circunstancias cuando la práctica de una conducta, en el ejercicio legítimo de un derecho, los enfrente irremediabilmente.

Ante esto, si un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución, ello no significa ni expresa otra cosa sino la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa. "Significa en otras

¹⁸⁷ Caso distinto es aquel en que la mujer y el hombre, conscientes de la enfermedad que afectará a su descendencia, deciden, por medios naturales - coito natural - ejercitar libremente su derecho a procrear, hipótesis en la cual el Estado, con fundamento en el artículo 44.2 CE, no puede limitar dichos derechos. Opina igual ROMEO CASABONA: "Algunas consecuencias vinculadas con la eugenesia y la reproducción humana. El diagnóstico preconcepcivo y el diagnóstico prenatal", ob cit, pág. 160 y ss, quien sostiene que la problemática que surge del efectivo e implícito derecho a la procreación natural con base en el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 de la CE (derecho a la intimidad familiar) y por el otro, la supuesta legitimidad de la intervención del Estado para preservar la salud colectiva, se resuelve, desde el punto de vista estrictamente jurídico, al considerar que las exigencias de salud pública no guardan proporción con la intromisión en la libertad e intimidad individual o familiar que dichas acciones implican, lo que se pone de manifiesto al afirmar la CE que la competencia de los poderes públicos reconocida constitucionalmente para organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de los servicios necesarios, esta sometida al principio constitucional fundamental de que la dignidad de la persona,..... son fundamentos de orden político y de la paz social. En la misma dirección; ROBERTSON, A JOHN: "La utilización de la información genética en decisiones sobre reproducción humana", en; *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, pág. 273 y ss, afirma que sobre la libertad de procreación es necesario declarar que el derecho a reproducirse comprende el derecho a tener hijos discapacitados con pleno conocimiento de causa, lo que también significa que no puede obligarse a utilizar la información genética y, una vez utilizada no puede obligarse a una mujer a abortar.

palabras, que la propia Constitución ha definido una determinada situación jurídica en términos que la hacen identificable o discernible para el intérprete y que, además, la Constitución ha determinado también, o no ha excluido, la necesaria consideración de esa situación jurídica como derecho a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia”¹⁸⁸, por lo que vale decir entonces que los derechos fundamentales son derechos resistentes, en su contenido esencial, a la acción legislativa¹⁸⁹.

Al calificar a la norma como constitucional, realmente lo que el Ordenamiento está realizando no es la simple delimitación del derecho fundamental, sino la fundamentación misma de la labor delimitadora. Así, siguiendo a JIMÉNEZ CAMPO, pueden concebirse dos criterios básicos para reconocer y ordenar esta función delimitadora, si atendemos al modo de incidencia de la Constitución sobre el Derecho. Distingue entre una delimitación directa, entendiéndola como la descripción del derecho fundamental por la norma que lo enuncia; y otra indirecta, consistente en el reconocimiento constitucional de otros derechos y bienes, cuya afirmación y garantía constriñe la expansión irrestricta del respectivo derecho. En otras palabras, la delimitación directa no es otra cosa que la definición en la norma constitucional, o en ella y en la legislación a la que expresamente remite, mientras que la delimitación indirecta supone el resultado necesario de la inserción del derecho en el sistema que es la Constitución¹⁹⁰.

Por lo tanto, debemos entender que por un lado los derechos fundamentales tienen límites que resultan de su propia naturaleza y, por el otro, que independientemente de sus propios límites, los derechos fundamentales encontrarán límites producidos por su articulación con otros derechos, por lo que, en relación a nuestro tópico, insistimos, la cuestión estribará entonces en delimitar primero los criterios que han sido utilizados por el legislador para resolver estos conflictos, y si en la determinación sobre la predominancia de un derecho sobre otro se han respetado los principios a los que ya tantas veces nos referimos en la primera parte de nuestro trabajo.

¹⁸⁸ JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER: “Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales”, en; *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo IV, Editorial Edersa, 1996, páginas 448 y ss.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Para ZARRALUQUI, los límites a los derechos fundamentales pueden ser absolutos, integrados por valores generales, tales como la moral el orden público o el bienestar general y; relativos, constituidos por los derechos y libertades de los demás, tanto considerados de forma individual, de una persona o personas concretas, como de colectividad o grupo. Finalmente estima que todos los derechos son relativos, incluyendo el derecho negativo a la vida (a no ser matado) que cede en el caso de la legítima defensa. Ver, SÁNCHEZ EZNARRIAGA: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 32.

Una vez afirmado el derecho fundamental a la reproducción humana y con él, la permisibilidad en lo general de la práctica de las técnicas de reproducción asistida, pasemos al estudio, descripción y análisis de ellas.

2. TÉCNICAS DE PROCREACIÓN O REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

De acuerdo al conocimiento actual de la medicina de la reproducción, en teoría existen las siguientes modalidades de reproducción humana:

i) El coito;

ii) La inseminación asistida de la mujer con el semen del marido - IAC "homóloga"- , o con el semen de un donante - IAD "heteróloga" - .

iii) La transferencia al útero de la mujer de un embrión generado a través de la fusión in vitro de los gametos humanos, cabiendo en esto último toda una inmensa gama de posibilidades en función del origen de los gametos - "homóloga u "heteróloga". Por ejemplo; a través de un óvulo fecundado in vitro con semen del esposo o concubino, transferido a la matriz de la misma mujer, o de otra, para realizar una sustitución de la gestación. (Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones - F.I.V.T.E.); o a partir de un óvulo donado, fecundado in vitro por el semen de otro donante y finalmente transferido a la matriz de la solicitante. (F.I.V.T.E.) o Transferencia Intratubárica de Gametos.(T.I.G), etc; o incluso a través de la transferencia al útero de una mujer de un embrión generado por medio del transplante del núcleo de una célula adulta (masculina o femenina) o embrional que es removido y transferido a un óvulo al que previamente también su núcleo ha sido destituido (enucleado) utilizándose en estos casos sólo el material genético del hombre o de la mujer, pero no de ambos; o de la transferencia al útero de una mujer de uno o más embriones idénticos generados a través de la separación o gemelación¹⁹¹ del embrión humano en las primeras etapas de desarrollo.

iv) Gestación artificial de un feto en una incubadora o artefacto similar, a través de un procedimiento llamado ectogénesis.

No obstante, si bien es posible distinguir entre la "técnica de reproducción asistida" en la que se genera o crea el embrión humano, de la "reproducción asistida" en si misma, que comprendería la inseminación asistida, o a partir del momento en que se lleve a cabo la transferencia en el útero de la mujer de los gametos o de los embriones, en realidad en la literatura especializada cuando se habla de reproducción

¹⁹¹ Término, éste último, que es referido en la literatura sajona como "artificial twining".

asistida humana, normalmente se está haciendo referencia, sin mayores matizaciones, a aquellos casos en los que la unión entre los gametos masculinos y femeninos se produce ayudada por estímulos no naturales¹⁹².

Por lo tanto, salvo las precisiones que realizaremos cuando entremos al estudio del tipo penal del artículo 162 del CPE, entenderemos dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, tanto a los procedimientos en que se obtengan los gametos, la generación del embrión y la transferencia al útero de una mujer, por lo que habremos de hacer una breve pero especial referencia a la fecundación in vitro y sus tratamientos derivados, así como a la inseminación asistida y la clonación¹⁹³ por la sencilla razón de que esas técnicas (principalmente las dos primeras) representan hoy día los métodos más usuales de reproducción asistida en donde serán (son) empleadas las técnicas, procedimientos y conocimientos que irán surgiendo del desarrollo de la ciencia médico genética y en alguna medida, del Proyecto Genoma Humano.

a) Inseminación asistida.

La inseminación asistida, comúnmente conocida también como “artificial” es el depósito instrumental de semen dentro de una mujer insertado en su cerviz de cualquier manera que no sea a través de una relación sexual. Su uso primario se dio en parejas que habían sido incapaces de concebir por medio de relaciones sexuales o de aquellas que escogen no tener relaciones sexuales (como en el caso de la mujer que requiere del esperma de un donador para fecundación o en donde la madre actúa como madre sustituta). Es decir, con esta técnica, que admite diversos modos de aplicación¹⁹⁴, se introduce el semen en la vagina o en el útero de la mujer inseminada de manera no natural o asexual¹⁹⁵, haciendo llegar el esperma al óvulo, produciendo de manera natural la fecundación de éste.

¹⁹² BUSTOS PUECHE: “El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas”, ob cit, pág. 919, define la reproducción asistida como el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana fuera del cauce natural que consiste en la fecundación del óvulo en el seno de la mujer con el subsiguiente desarrollo ininterrumpido en su propio organismo.

¹⁹³ En cuanto a ella - la clonación de seres humanos - según iremos viendo en el desarrollo de este trabajo, bajo parámetros y circunstancias muy específicas, podríamos incluirla dentro de la medicina reproductiva, esto es, dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, lo cual daría lugar a una excepción a la clasificación que realizamos entre la diferencia establecida entre la ingeniería genética y la ingeniería reproductora humana.

¹⁹⁴ Los diferentes modos de inseminación asistida son: Vaginal, Cervical, Intrauterina, Intraperitoneal Directa, Intraperitoneal Transvaginal, Intratubárica Transuterina, Intratubárica Transfimbrial, Inseminación Tubárica de Ovocitos, Transferencia Peritoneal de Gametos y Transferencia Intrafalopina de Gametos

¹⁹⁵ La técnica para la recolección del semen puede variar y realmente, desde un plano científico, no es importante. Sin embargo, lo que debe destacarse del hecho de que el semen vaya a

La inseminación puede ser clasificada en homóloga y heteróloga.

La inseminación homóloga es aquella en la que el material genético no sale del ámbito de la pareja, realizándose la fecundación de un modo natural en el momento en que artificialmente es depositado el semen en el útero de la mujer. Prácticamente, hoy día, la inseminación homóloga no presenta ningún problema ético ni jurídico¹⁹⁶, salvo cuando esta se realiza después de la muerte del marido o concubinario, conservando el semen a través de técnicas como la criopreservación¹⁹⁷, con las consecuencias necesarias en el ámbito del Derecho, especialmente en el Derecho Civil¹⁹⁸.

Respecto de la inseminación a través del semen de un donante, heteróloga, (IAD) ésta se realiza cuando existe alguna anomalía que impide que se realice la fecundación de la mujer por medio del desarrollo normal del acto sexual. Estas anomalías pueden ser de diversas clases, siendo las principales los casos de esterilidad irreversible del hombre, ser portador de una enfermedad transmisible por el semen, por incompatibilidad del RH de la pareja, entre otras.

ser introducido por un medio no natural en el útero de la mujer es que éste, para garantizar la fecundación de la mujer, puede ser tratado o capacitado, eliminando los factores que le impidan la posibilidad de fecundar a la mujer, escogiendo para ello los espermatozoides con mayor capacidad de penetración, los más vitales y más fecundos, constituyendo esto último, como veremos más adelante, el paso previo a la práctica, quizá inconsciente, de la eugenesia y selección de seres humanos.

¹⁹⁶ No obstante, en lo que para algunos constituyó un desatino de la "política religiosa" de la Iglesia católica, Pío XII declaró ilícito tanto el procedimiento IAC cuanto el IAD, aunque cargando el acento en la reprobación de la inseminación "artificial" con espermatozoides de un donante, dejando en aquel entonces en suspenso la cuestión relacionada con la forma de inseminación con el espermatozoides del marido.

¹⁹⁷ La criopreservación o crioconservación es una técnica que proviene de la criobiología y que es referida como el estudio de la biología en baja temperatura. Esta tecnología permite almacenar, entre otros, semen y embriones durante un periodo ilimitado de tiempo por medio de una congelación en nitrógeno líquido de los mismos. Ahora bien, con esta técnica no sólo se pueden almacenar órganos, tejidos o células humanas, sino inclusive cuerpos humanos enteros que son "suspendidos" (congelados antes de morir) y que esperan ser en teoría descongelados en el futuro, cuando la ciencia sea capaz de corregir o curar la enfermedad que en la época de la congelación aún no era remediable. Para ver con detalle consultar; SMITH, P. GEORGE II: *Bioethics and the Law, Of Clones and Cryons, Medical, Socio - Legal and Philosophical directions for a brave new world*, University Press Of America, 1989, pág. 264- 269.

¹⁹⁸ En el ámbito de la LTRA ésta cuestión es resuelta y permitida en los términos del artículo 9º de la Ley citada. De su redacción, es posible observar que esta será legítima y producirá efectos jurídicos plenos (en cuanto a la filiación y relación jurídico legal del niño así nacido y el hombre fallecido) siempre y cuando exista consentimiento fehaciente (escritura pública o testamento) del marido o concubino (art 9.3) para fecundar a la mujer. En contra de ella se pronuncia, entre otros; PANTALEON, FERNANDO; "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", ob cit, pág. 154, quien como ya vimos, la considera contraria al artículo 39.3 de la CE.

En este caso, el material genético de la nueva criatura estará formado por el óvulo de la mujer y por el espermatozoide donado a la pareja. Es decir, el padre biológico o genético del futuro niño será anónimo¹⁹⁹ y obviamente diferente al esposo o concubinario de la mujer así fertilizada, y que se constituirá como el padre legal.

Debemos nuevamente destacar que las consecuencias que en el plano jurídico puede acarrear la práctica de la inseminación heteróloga y que se proyectarán en su gran mayoría sobre el Derecho Civil y familiar, son principalmente en relación con la filiación, el matrimonio, las obligaciones paterno filiales y la investigación de la paternidad y el consecuente conocimiento del origen genético de la persona²⁰⁰.

Muestra de ello es que éste apartado de la Ley, tal y como ya se destacó y como lo subraya PANTALEON, se estimó inconstitucional en cuanto contraviene el artículo 39.2 de la CE que prescribe la posibilidad de la investigación de la paternidad²⁰¹, que es un derecho consagrado a toda persona a conocer su origen, y porque también contraviene el artículo 10 de la Ley fundamental en cuanto degrada (dignidad) a los seres humanos, frutos de las técnicas de Reproducción Asistida con intervención de donante, a la condición de objetos, al autorizar sistemáticamente la Ley la posibilidad de ocultar de esta manera su origen.

Mas sin embargo, está cuestión planteada por PANTALEON también fue resuelta por el TC en la ya citada STC 116/1999, misma que al analizar el argumento esgrimido por los Diputados del grupo Parlamentario Popular vs el artículo 5.5 de la LTRA, y que consideraron, como el autor citado, es contrario a lo dispuesto por el artículo 39.2 de la CE - "La Ley posibilitará la investigación de la paternidad" - por estimar que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante la Ley oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo de éste modo el mandato contenido en el citado artículo 39.2 CE, resolvió desechar dicha argumentación considerando que si bien la CE ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor.

¹⁹⁹ Apartado 5º del artículo 5º de la LTRA.

²⁰⁰ Derecho éste que consideramos el legislador ha reconocido y tutelado a través de los artículos 20.2.B).t) y 20.2.B) u) de la LTRA.

²⁰¹ En la misma dirección, TAMAYO SALABERRIA, G; MARTÍNEZ DE PANCORRO, A: "Aspectos éticos de la investigación biológica de la paternidad", CPC Nº 47, 1997, pág. 463 y ss, consideran que la prohibición establecida en la Ley 35/1988 para que el hijo resultante de una técnica de reproducción asistida pueda investigar la paternidad, es un paso atrás al establecimiento del precepto constitucional que establece la libertad para investigar la paternidad.

Así, dijo el Tribunal, desde esta perspectiva la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 CE en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad²⁰², y siendo que no es este el caso de la previsión contenida en el artículo 5.5. de la LTRA que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos, procede desechar la objeción recurrida.

“Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de los derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de reproducción asistida no se ordenó en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.2 de la CE”²⁰³.

Habida cuenta de lo expuesto, continua la STC, “hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art 5.5 de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Así mismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos”²⁰⁴.

Por nuestro lado, no obstante la determinación anterior, conscientes que en una actividad como la medicina reproductora presentará estas y otras infinitas

²⁰² Fundamento jurídico 15 STC 116/1999.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

problemáticas, el Derecho debe crear mecanismos que busquen el equilibrio entre los diferentes intereses, como en el caso concreto sería, no el prohibir la práctica de una técnica de reproducción asistida con material reproductor de un donante y la negación de la investigación a la paternidad (o maternidad), sino, buscando el equilibrio, permitir la reproducción a través de la donación de gametos por parte de una persona ajena a la pareja (donante), pero permitiendo también, en concordancia con la CE, la investigación de la paternidad, librando al donante de cualquier obligación legal respecto del producto de la donación de su gameto²⁰⁵.

Así también, las objeciones de corte moral y religioso contra ésta modalidad heteróloga no se hicieron esperar, considerando a la IAD como inmoral no sólo por la paternidad anónima y el peligro de la endogamia, sino porque se consideró que rompe la unidad fundamental de la vocación unitiva y procreativa de los esposos²⁰⁶ y con ello del matrimonio²⁰⁷.

No obstante, al margen de las consideraciones de corte moral, baste decir que la modalidad heteróloga es absolutamente permitida en España, en los términos del Capítulo III de la LTRA, denominado “De los donantes”, artículos 5º, 6º, 7º y 8º.

b) Fecundación In Vitro y los tratamientos derivados.

Utilizando la misma expresión un tanto irónica de MARCIA MOBILIA, hace mas de dos décadas (1978), el mundo aprehendió que el nacimiento del bebe Luise, ahora la joven Luise, fue el resultado de una aventura entre el óvulo de su madre y el esperma de su padre en un vaso de laboratorio.

²⁰⁵ En el mismo sentido se pronuncia BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P, en; “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, Anuario de Derecho Civil, Nº 2, año 1991, pág. 700 y ss, quien afirma que el legislador no puede impedir posibilitar la investigación del origen biológico, incluido la identidad del dador de los gametos, sino que debería establecer una pura acción de investigación de la paternidad de la cual no derivaría relación de filiación alguna entre el dador y el hijo, escindiendo “inexorablemente” el dato biológico del dato jurídico.

²⁰⁶ Así; FLETCHER JOSEPH: *The Ethics of Genetic Control*, Westminster Press, Filadelfia, pág. 168, para quien la practica del IAD debilitará en muchos casos la relación entre marido y mujer, “ya que cuando conforme a este procedimiento una mujer se haga consiente de la nueva idea que crece dentro de ella, se dará cuenta de que va a engendrar a un hijo que no tiene relación con el amor que la une con su cónyuge, el cual a su vez sentirá que es extraño a la nueva vida que se va desarrollando en su hogar”.

²⁰⁷ Si bien puede entenderse este pronunciamiento en contra de este tipo de inseminación, no obsta para dejar de señalar que personalmente me parece está mal fundamentada, pues cómo poder hablar del rompimiento de la vocación procreativa si es precisamente ésta la que ha motivado que una pareja acuda a medios no naturales para “procrear”, tener un hijo.

Su madre había sido incapaz de concebir de manera natural, a pesar de que su material genético así como el de su esposo, no sufrían de ningún defecto particular. ¿Y que hicieron? Los médicos recolectaron los óvulos y el esperma, crearon las condiciones que pudiesen permitir la fusión de los gametos en un ambiente artificial y eventualmente implantaron el embrión en la matriz de la señora Brown, la madre de Luise, hoy una joven de 23 años.

La fecundación in vitro ocurre cuando uno o más huevos así como esperma son recolectados y fusionados en laboratorio. "El óvulo es extraído del útero y trasladado al vidrio y el esperma obtenido de múltiples maneras es fusionado artificialmente con él"²⁰⁸. Posteriormente, el óvulo fecundado es insertado en la matriz de la mujer esperando que se implante de manera tal que un embarazo normal pueda ocurrir. Estas técnicas reproductoras han probado su eficacia en mujeres que han tenido problemas y dificultades durante la implantación del óvulo en el útero e inclusive para aquellas que han pasado ya por la menopausia, consiguiendo llevar a cabo el embarazo²⁰⁹.

Debido a la dificultad (doloroso y costoso) en la extracción de óvulos de los ovarios - a través del lavado del útero - a efecto del procedimiento in vitro, son extraídos más óvulos de los que serán utilizados en un procedimiento, y generalmente, a fin de dotar de mayores garantías de éxito al procedimientos, hasta cinco huevos, ya fecundados, son insertados al mismo tiempo con la esperanza que uno o mas se implanten, lo que, al margen de ello, genera un problema determinante que acotaremos más adelante, y que se refiere a los embriones residuales.

Ahora bien, como ya se señaló la fecundación in vitro también es clasificada en *homóloga* y *heteróloga*, y su diferencia se da a partir del origen de los gametos.

La homóloga consiste en la fecundación de un óvulo con semen del marido o de su concubinario, es decir, cuando el semen proviene del miembro de la pareja. En este caso de la fecundación homóloga, ambos miembros de la pareja son fértiles, sin embargo, la incapacidad para procrear "puede derivarse de la impotencia del varón, por vaginismo de la mujer o de algún elemento psíquico de alguno de ellos, o de ambos que impida que, a través del coito, el esperma fecunde al óvulo, razón por la cual será

²⁰⁸ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 34.

²⁰⁹ HERRERO DEL COLLADO: *"La inseminación artificial humana ante el Derecho penal"* Universidad de Granada, 1969, define la fecundación in vitro como toda operación que tiende a hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos mediante procedimientos no naturales.

necesaria la asistencia facultativa para llevar a buen fin los deseos reproductores de la pareja”²¹⁰.

La fecundación heteróloga consiste precisamente en la fusión in vitro del óvulo de la mujer pero con semen proveniente de un tercero, (donante) es decir, diferente del marido o concubinario, o bien, la fusión de un óvulo donado a la pareja con semen del marido o concubinario. Según se observa, lo que da tal carácter es la introducción de gametos que proviene de personas ajenas a la pareja, lo que implica que en estos casos habrá aportación genética (50%) sólo de uno de los miembros de la pareja, pues el resto será proveído del material genético del donante.

Independientemente de la específica problemática que en breve destacaremos como consecuencia de la FIV y análogos en torno a la eliminación de embriones humanos considerados o no vidas humanas, desde el punto de vista ético y jurídico la situación se torna más controversial y polémica en los casos de reproducción asistida (sea o no FIV) por medios heterólogos²¹¹, pues la simple intervención o participación de un donante exige definir su relación con el niño producto del desarrollo de estas técnicas, lo que no siempre resulta claro y menos aún sencillo; ¿quién será el padre, el donante del semen o el esposo o concubinario de la mujer embarazada en forma asistida? ¿quién será la madre, la donante del óvulo que una vez fecundado, fue posteriormente depositado en el útero de la mujer o concubina, o estas últimas?²¹².

Así mismo, la cuestión relacionada con el consentimiento del marido o concubinario para que inicie un proceso de gestación en la mujer con semen que no es suyo, o para fecundar con su propio semen el óvulo donado por un tercero, presenta interesantes interrogantes que abarcan muchas áreas, no sólo éticas y filosóficas sino

²¹⁰ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 35.

²¹¹ Misma que se encuentra prohibida, por ejemplo, en la legislación Noruega que establece en el artículo 2.10 de la Ley 56 Sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina que, concretamente la fecundación in vitro - “únicamente podrá realizarse con los propios óvulos y espermatozoides de la pareja”.

²¹² Esta cuestión correspondiente a determinar si, según el derecho español, madre es legalmente la que da a luz o la madre biológica, o en otras palabras, si la maternidad queda determinada por el parto o por la procedencia del ovocito, debe ser resuelta en los términos del artículo 135 del Código Civil Español el cual parte de la idea de que la madre es siempre la que pare al hijo. Sobre esto ver con más amplitud; DIEZ DEL CORRAL RIVAS, JESÚS: “La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana”, *Revista General de Derecho Privado*, 1988. También, véase artículo 10.2 LTRA en el cual expresamente se dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

del Derecho civil y familiar prioritariamente, cuyo objeto de estudio, análisis y reflexión, como ya lo señalamos, rebasa los límites de nuestra investigación²¹³.

Algunos autores realizan una tercera clasificación que se deriva de la fecundación in vitro y que consiste en la fecundación del óvulo de una mujer con semen que procede de varias personas, o bien la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos con óvulos de distintas mujeres (esta última no es propiamente fecundación in vitro), denominándoseles fecundación mixta. No obstante, en España esta modalidad "mixta" se encuentra positivamente prohibida a través del artículo 20 apartado 2.b, letra h de la LTRA 35/1988 y que expresamente señala como infracción "muy grave" mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la fecundación in vitro con transferencia de embriones, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar esta misma fecundación in vitro con transferencia de embriones o la transferencia intratubárica de gametos.

La fecundación in vitro con transferencia de embriones, que permite que un embrión sea implantado en una mujer para dejarlo crecer hasta un cierto nivel de madurez y después ser removido y transferido a la matriz de otra mujer, así como la transferencia intratubárica de gametos, procedimiento que consiste en la aplicación de las técnicas de la fecundación in vitro sin llegar a producirse la fusión de los gametos en un ambiente extracorpóreo, pues los gametos masculinos y femeninos se encontrarán en las trompas de falopio de la mujer, también se clasifican en homóloga y heteróloga, consistiendo la homóloga cuando el semen como los óvulos que van a ser fecundados in vitro o que van a ser transferidos a las trompas de falopio provienen del hombre y de la mujer que están unidos por matrimonio o concubinato. La heteróloga consistirá en que los gametos no serán los propios de la pareja, ya sea de la mujer, del hombre o

²¹³ Sin perjuicio de ello, si se desea ampliar sobre estas cuestiones, puede consultarse para mayores detalles, entre otros; en España: BERKOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R: "La filiación inducida y las clasificaciones legales", en; *La filiación a finales del siglo XX*, Editorial Trevium, 1988, DELGADO ECHEVERRÍA, J: "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", *La filiación a finales del siglo XX*, Editorial Trevium, 1988, GÓMEZ SÁNCHEZ: *El derecho a la reproducción humana*, ob cit, pág. 101 a 142 y DEL CORRAL RIVAZ: "La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana", ob cit, pág. 539 a 551, y; en el extranjero, entre otros muchos; KAMRAN S. MOGHISSI; *The Technology of AID and Surrogacy in New Approaches to Human Reproduction, Social and Ethical Dimensions*, Westview Press, 1988, pág. 117-131. ALFREDSSON, JOHN., S. P. GUDMUNDSSON, y G. SNAEDAL; *Artificial Insemination by Donor With Frozen Semen. Obstetrics and Gynecology Survey*, American Fertility Society, Report of the Ad Hoc Committee on Artificial Insemination, Birmingham, Alabama, 1983. DAVID, G., y J. LANSAC; *The Organization of the Centers for the Study and Preservation of Semen in France. Human Artificial Insemination and Semen Preservation*, Plenum Press, New York 1979.

inclusive de ambos a la vez²¹⁴, sino que serán adquiridos a través de donantes o dadores de gametos.

Es decir, el dador de gameto o gametos podrá ser, el hombre, en el supuesto de que se utilice semen de otro hombre que no sea evidentemente del esposo o del concubinario; una mujer, en el caso de que se utilice un óvulo suyo que se vaya a fecundar y trasladar al útero de cualquier otra mujer, o ambos a la vez. En estas hipótesis, el material genético del ser nacido, por cualquiera de los métodos - fecundación in vitro con transferencia de embriones - o - transferencia intratubárica de gametos - corresponderá en parte a los donantes de los gametos entregados para la fecundación, salvo, claro esta, en el caso en que ambos gametos provienen de donantes, hipótesis en la cual, el material genético del ser nacido será completamente ajeno a la pareja.

“Así, si tanto el varón como la mujer son los donantes, éstos serán los padres genéticos de la criatura, si bien la gestación puede ser en la mujer de la pareja o en una tercera mujer, siendo ésta la llamada maternidad gestante, no genética”²¹⁵.

Esto último implica que en la fecundación in vitro con transferencia de embriones o en la transferencia intratubárica de gametos, **heteróloga**, habrá lugar a que se de un rompimiento en la unicidad de la maternidad, pues necesariamente se tendrá que distinguir entre la maternidad genética, la maternidad gestante y por consecuencia necesaria, la maternidad legal. Así, habrá *maternidad gestante* o *seno adoptivo* en el caso de la mujer a la que se le implanta en el útero por medio de una transferencia un preembrión creado por fecundación in vitro, o a la que se le transfieren los gametos a través del método intratubárico, “aunque genéticamente nada tenga que ver con el embrión o feto que va desarrollándose en su útero”²¹⁶, y maternidad genética respecto de aquella mujer que aportó el óvulo que ha sido fecundado.

Por ello, una mujer a quien se le implanta un óvulo fecundado que no es el suyo propio es una madre albergante. Ofrece su matriz como matriz adoptiva, pues se implanta el blastocisto obtenido mediante la fecundación in vitro del espermatozoides y el óvulo de la pareja que desea el niño. Se puede también pensar que el óvulo es fecundado en la mujer mediante relaciones normales con su pareja y luego, llegado el momento

²¹⁴ Hipótesis que, a diferencia de la legislación española, se encuentra prohibida en Francia a través del artículo 152-2 del Código de Sanidad el cual dispone que el embrión sólo podrá ser concebido con gametos que procedan de al menos uno de los miembros de la pareja.

²¹⁵ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 74 - 75.

²¹⁶ *Ibidem*.

favorable, sea transplantado al seno de la mujer contratada, la cual, después del embarazo y el parto restituirá el niño a aquellos que la han contratado.

Según vemos, las implicaciones ético, morales y legales son interminables²¹⁷, reiterando que aún y cuando, sobre estas últimas no se proyecta el objeto de estudio del presente, consideramos vale la pena enunciar brevemente sólo algunas de las hipótesis o consecuencias que suelen surgir de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida y que sin duda deben hacernos formular consideraciones que nos permitan reflexionar sobre su permisibilidad o no, y en su caso si es posible justificar su aplicación y desarrollo.

¿Si la madre albergante finalmente se siente unida a lo que está físicamente dentro de ella, tendrá derecho a conservar al bebé? ¿Se le puede considerar a ella como la madre, a pesar de no haber proporcionado ella el óvulo y con el la herencia genética del embrión? ¿Y si la madre genética cambia de opinión y ya no desea el hijo?. Sin duda alguna que estas pocas pero elementales preguntas hacen que éste procedimiento sea considerado para muchos como una opción absolutamente deshumanizadora y por ello objetable en cuanto a su permisibilidad²¹⁸.

Por ello, la LTRA, siguiendo la opinión de la citada Comisión Especial para el Estudio de la Reproducción Artificial, rechazó en su artículo 10 la posibilidad de la maternidad subrogada, disponiendo que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la

²¹⁷ Haciendo un mínimo esfuerzo, es posible imaginar diversas hipótesis o situaciones que podrían motivar este tipo de practicas, como por ejemplo desde la mujer que quiere tener un hijo suyo pero sin tener que interrumpir la práctica de un deporte a nivel profesional, sin tener que abandonar la carrera de modelo, o hasta porque su salud no le permita un embarazo, etc. ¿Habría que aceptarse?.

²¹⁸ Para un sector importante de la doctrina, este fenómeno no debe analizarse a la luz del problema sencillo del consentimiento o de la libertad de la mujer, ya que ésta conducta, en realidad, se enfrenta con el principio de salvaguardar la dignidad humana de la mujer en virtud de que el papel de la maternidad es convertido de manera artificial, reduciendo de esta forma a la mujer a ser un simple objeto reproductor. También se lesiona la dignidad del niño ya que se convertirá en un objeto negociable e intercambiable que puede ser contratado e incluso peleado (por el derecho). Inclusive; MANTOVANI, FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection", ob cit, pág. 110 y ss, propuso la creación e introducción de dos nuevas figuras típicas en el Ordenamiento penal italiano, proponiendo la punibilidad de la gestación subrogada por atentar contra la dignidad de la mujer y el niño. Sobre la constitucionalidad de la prohibición que la LTRA incorpora, por considerar que no se violenta el derecho a la libertad de la madre véase; GÓMEZ SÁNCHEZ: *El derecho a la reproducción humana*, ob cit, pág. 140 - 142.

filiación materna en favor del contratante o de un tercero, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto²¹⁹.

b.1) Embriones residuales. Consideraciones en torno a la FIV y análogos.

A diferencia de la inseminación asistida, y a pesar de que una gran mayoría de los autores que han escrito sobre ésta materia coinciden en aceptar y justificar, desde prácticamente todos los planos (éticos, morales, jurídicos y religiosos, inclusive) el uso de las técnicas de reproducción asistida, principalmente de carácter homólogo, la fecundación in vitro, sea homóloga o heteróloga, presenta consideraciones y objeciones mucho más importantes que aquellas que puede ofrecer la inseminación asistida .

Ello es debido a que del criterio biológico que se adopte sobre el principio de la existencia de la vida humana y, consecuentemente, del criterio que se adopte para su protección, se ha pretendido derivar la permisibilidad o aceptabilidad jurídica de la misma, en tanto que para su desarrollo es imprescindible obtener y destruir múltiples embriones de menos de catorce días a partir de su creación.

En efecto, como más adelante ampliaremos, si al embrión antes de los catorce días, es decir, antes de la anidación, se considera biológicamente ya una vida humana *protegida*, se podría argumentar que, frente a ese valor - vida humana -, no se alza, en el caso de la FIV y análogos, ningún otro valor, bien jurídico, Derecho o libertad, ante el cual pueda la vida claudicar.

Resultaría insostenible, “no ya la prevalencia de un pretendido derecho a tener hijos sobre el valor vida humana, bien jurídico constitucionalmente protegido, sino la

²¹⁹ Sin pronunciarse en favor de la permisibilidad de la maternidad subrogada, BELLVER CAPELLA: “El Tribunal Constitucional ante la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”, ob cit, pág.140-142, considera que *la prohibición del artículo 10º de la LTRA es contraria a otras normas de la misma Ley*, pues estima que si una mujer puede recurrir a las técnicas de reproducción asistida aún sin tener problemas de esterilidad o fertilidad, no ve porque una mujer que carezca de útero o que tenga partos muy arriesgados que desaconsejen clínicamente su embarazo no pueda satisfacer sus ansias de maternidad a través del alquiler del útero de otra mujer. Es decir, “si en realidad lo que la Ley establece es el derecho a la reproducción como un derecho del individuo y no de la pareja (mujer sola) se genera entonces con la prohibición de la maternidad subrogada, una discriminación entre las mujeres con útero y las sin útero, o en otros términos, entre mujeres que pueden llevar a término la gestación y entre las que no pueden”, y por lo tanto, insiste, la única posibilidad de comprender el sentido de la prohibición legal de la maternidad por sustitución es admitiendo que las técnicas de reproducción asistida son un instrumento para superar la infertilidad de una pareja y no de un individuo.

simple existencia de tal derecho, ya como derecho subjetivo, ya como derecho fundamental”²²⁰.

Por lo tanto, si se sigue esta línea de pensamiento, no parece fácil, jurídicamente, admitir producir vidas humanas individuales con un designio que comporte, objetiva e inexorablemente una alta probabilidad de destrucción de una sola de ellas²²¹, cualquiera que sea su grado de desarrollo²²².

El lado opuesto a ésta posición, como observaremos en las subsecuentes líneas al analizar los distintos criterios biológicos y científicos sobre el momento en que tiene principio la vida humana, está sostenido por quienes estiman que sólo hasta la anidación ésta comienza y, de ahí, consecuentemente, su protección.

Por ello es evidente, reiteramos, que de la opinión a la que el Derecho se adhiera dependerá, no sólo la conclusión de si algunas de las técnicas aludidas son o no jurídicamente permitidas sino, insistimos, la valoración y ponderación jurídica de los intereses en conflicto a través del sacrificio de unos en beneficio de otros.

No obstante, e independientemente de nuestro pronunciamiento sobre cualquiera de esos dos momentos para la determinación del comienzo de la vida humana y su protección, en realidad nuestro interés no se centra en determinar si la FIV y tratamientos derivados son o no técnicas constitucionalmente permitidas en España (que si lo son), sino encontrar y destacar, entre otras cosas, cuáles han sido precisamente los argumentos utilizados por el Ordenamiento español para legitimarlas y que nos servirán indudablemente para intentar determinar cuál ha sido la naturaleza jurídica de la protección dispensada al preembrión in vitro, y para fundamentar nuestra

²²⁰ OLIVA DE LA A: “¿Nasciturus o Moriturus? (Panorama Jurídico sobre la vida humana en España)”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Nº 4, 1986, pág. 91.

²²¹ Sin embargo, los defensores de la FIV argumentan que con esta técnica no se pierden más embriones que los que se perderían en un embarazo natural, y que además los embriones de reserva pueden ampliar las posibilidades de descendencia de la pareja.

²²² OLIVA DE LA A: “¿Nasciturus o Moriturus?”, ob cit, pág. 91. En contra; ALBACAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS: “Aspectos jurídicos de la manipulación genética: Inseminación artificial”, pág. 1055 para el cual ante la escasa entidad vital que cabe atribuir a estos embriones, y debido a la finalidad que motiva esta clase de prácticas médicas, éstas no sólo no deben incriminarse sino tampoco prohibirse. De la misma opinión; CUERDA RIEZU, ANTONIO: “Otra vez sobre técnicas genéticas y Derecho penal”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, pág. 709, quien sostiene que por el desvalor tan mínimo que implica la destrucción de los embriones no anidados, dicha conducta debe permanecer impune. De la opinión contraria; GANSS GIBSON, K; MASSEY, J: “Ethical Considerations on the multiplication of Human embryos”, *Reproduction, Technology and Rights*, Human Press, New Jersey, 1996, pág. 55 y ss, para quienes, el embrión humano merece protección, incluso penal, por el valor real y simbólico de cual es intrínsecamente poseedor.

posición respecto de la permisibilidad que planteamos, entre otras, en el caso de la clonación reproductiva humana para ciertos supuestos.

c) La ectogénesis.

Por ectogénesis debemos entender, como ya líneas atrás apuntábamos, la creación de un ser humano individualizado en un laboratorio, esto es, fuera del cuerpo humano. Ahora bien, no obstante que aunque la consecución del fin que ésta técnica persigue se encuentra muy lejos del conocimiento actual de la ciencia, por lo que realmente podría identificarse como una técnica experimental, hemos decidido ocuparnos muy sucintamente de ella dentro de este apartado, pues si un ser humano así fuera creado, ello indudablemente tendría que hacerse a través de la fusión extracorpórea de los gametos mediante la técnica de fecundación in vitro.

Empero, baste mencionar que esta técnica se encuentra prohibida y sancionada como infracción muy grave dentro del capítulo correspondiente de la Ley 35/1988²²³ sobre la que más adelante ahondaremos²²⁴.

3) INGENIERÍA GENÉTICA.

Es indudable que la ingeniería genética, como observaremos a continuación, tiene aún un largo recorrido que transitar a fin de que establezca procedimientos médico curativos consistentemente fiables. Hasta en tanto, como en cualquier otra rama del desarrollo médico, desde la más simple hasta la más compleja, sus aplicaciones sobre los seres humanos tendrán que observarse, bajo el cobijo pero también límite, del carácter experimental. Es por ello que resulta inevitable, antes de entrar al detalle de su descripción, abordar en términos generales los lineamientos éticos jurídicos mínimos exigidos para la práctica de una técnica experimental en los seres humanos, tal y como lo son, hasta ahora, las técnicas de ingeniería y manipulación genética.

²²³ Artículo 20.2.B) s): "Se considera infracción muy grave: La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio". Así, para PAULINA SILVA el bien jurídico tutelado por esa infracción administrativa se ubica en la identidad humana en sentido amplio y no estrictamente genética, en la medida en que se considere que el código genético humano debe encontrarse en un ambiente humano para no lesionar tal interés jurídico.

²²⁴ Empero, de cualquier forma considero importante destacar en este momento lo señalado por MORO ALBARAZ, M.J: *Aspectos Civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona 1988, pág. 201 y ss, para quien la creación de un ser humano a través del procedimiento de la ectogénesis infringiría el derecho a la familia por tanto que, si ese valor, la familia, es protegida por el Derecho en atención a que es en el seno de ésta en donde se desarrolla la personalidad del individuo y donde se convierte en un sujeto, la falta de "familia", consecuencia inmediata del nacimiento por ectogénesis, conculca el derecho de los así nacidos a ser parte ella.

a) La experimentación sobre objetos humanos.

Experimentación es una palabra que proviene del vocablo latín *experimentum*, que significa comprobación por la experiencia, y que se puede definir como “la observación provocada de un hecho o fenómeno para la investigación de sus propiedades y de sus causas”²²⁵. “Cuando este procedimiento tendente a descubrir algún hecho o alguna verdad general se realiza tomando al hombre, sus células, tejidos u órganos como objeto de la investigación, se hablará de la experimentación humana”²²⁶.

Así, podemos distinguir entre experimentación terapéutica²²⁷ y experimentación humana no terapéutica²²⁸. La primera tiene un carácter objetivo experimental, pero la investigación esta dirigida concisamente a la finalidad curativa, y dado que se acerca a la figura del tratamiento curativo, es posible obtener una amplia justificación ética y jurídica²²⁹ en su implementación en base a los fundamentos del consentimiento²³⁰. La

²²⁵ MORILLAS CUEVA, LORENZO; BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: “Límites penales de la experimentación humana”, ob cit, pág. 243.

²²⁶ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 41-42.

²²⁷ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “Aspectos jurídicos de la experimentación humana” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 11, 1986, pág. 573, define la experimentación terapéutica como la aplicación a determinados pacientes de tratamientos cuya eficacia no ha sido todavía plenamente contrastada desde el punto de vista científico, y que, por tanto, no se han incorporado a la medicina como remedios terapéuticos reconocidos.

²²⁸ La legislación en España, bajo la Ley del Medicamento en su artículo 59, indica lo siguiente: <A los efectos de esta Ley se entiende por ensayo clínico toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento, a través de su administración o aplicación en seres humanos, orientada hacia alguno de los siguientes fines: a) Poner de manifiesto sus efectos fármaco dinámicos o recoger datos referentes a la absorción, distribución, metabolismo y excreción en el organismo humano. B) Establecer su eficacia para una indicación terapéutica, profiláctica o diagnóstica determinada. C) Conocer el perfil de sus reacciones adversas y establecer su seguridad>

²²⁹ Inciso b) del artículo 59 de la Ley del Medicamento.

²³⁰ Sobre este particular, hay autores que con razón afirman que dado el riesgo que supone toda experimentación, debemos preguntarnos si en esta clase de experimentos el consentimiento no debería completarse mediante elementos del estado de necesidad y por consiguiente practicarse una ponderación entre el provecho y el riesgo, misma que sería necesario realizar en el caso en que el paciente, ante el temor de morir, estuviera dispuesto a correr a ciegas cualquier riesgo que, inclusive en esa situación resulte inaceptable, lo que podría llevarnos al extremo de convertir el consentimiento en un pretexto fácilmente utilizable para realizar experimentos a los que no se prestaría un enfermo que no se encontrase en la misma situación de necesidad.

segunda, por el contrario, esta dirigida a intereses exclusivamente científicos, aunque puedan resultar útiles en una actividad curativa²³¹.

No obstante, toda intervención o experimentación sobre el ser humano debe contar, necesariamente, con regulaciones que garanticen, por un lado, los beneficios del uso de la investigación y/o experimentación y, por el otro, que se eviten daños a los seres humanos. Este inevitable conflicto entre los intereses legales del investigador y los intereses del individuo y de la sociedad, (como podría ser la salud colectiva), debemos buscar resolverlos en un marco en que la investigación y experimentación no se entorpezca, y la vida, salud e integridad física de los individuos tampoco se lesione, pues si bien la CE reconoce el derecho a la investigación científica, estatuye como límite el respeto a otros derechos establecidos en el mismo Título.

Es indudable pues, que la Constitución española reconoce y protege el derecho a la producción y creación científica y técnica pero, ha de admitirse, no se trata de una libertad sin restricciones, ya que el mismo artículo establece que el límite se halla en el respeto a los derechos reconocidos en este título.

En efecto, la CE en su art 20.1,B y C) reconoce y protege el derecho a la producción literaria, artística y científica, etc, pero establece asimismo como limitación (art 20.4) el respeto a los derechos previstos en el Título I de la misma Constitución, así como a las leyes que dan efecto o protección a estos derechos, particularmente el derecho al honor, la privacidad, la propia imagen etc. Es decir, no obstante que la actividad científica es reconocida y legitimada como libertad, está sujeta a limitaciones, tal y como cualquier otro derecho.

En este sentido, GAFO subraya que la libertad de investigación no es omnímoda y que los controles sociales y jurídicos deben tender a ser mayores cuanto puedan ser más trascendentes las consecuencias de la investigación²³². Por su parte, ESER es de la opinión de que la libertad científica alcanza sus límites en donde los procedimientos médicos o científicos dan lugar a infracciones previstas en Derecho civil o penal, entrando por ello en conflicto con la protección de un bien garantizado constitucionalmente²³³.

²³¹ Incisos a) y c) del ya citado artículo 59 de la Ley del Medicamento.

²³² GAFO FERNÁNDEZ, JAVIER: "El nuevo Homo Habilis", en; *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid 1989, pág. 159.

²³³ ESER, ALBIN: "La moderna medicina de la Reproducción e Ingeniería Genética". Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid 1989, pág. 274.

En síntesis, hay un conflicto entre dos intereses; el interés del científico o investigador, de cuyo derecho surgen enormes beneficios para los seres humanos, y el derecho de los seres humanos a que no sea minada o disminuida su capacidad de desarrollo personal. Conflicto que debe intentar resolverse considerando que es necesario garantizar la libertad científica y la libertad de investigación, pero con la condición de que se respeten los valores que están reconocidos por y en la Constitución.

De esta manera, la experimentación médico genética, será lícita siempre y cuando sea útil para la vida, la integridad física o la salud del ser humano tratado, sin que en ningún caso ésta pueda ser dañina para aquel que se somete a ella. Esto significa, de acuerdo con MANTOVANI, que aún las más devastadoras formas de actividad terapéutica serán lícitas cuando el o los beneficios y los riesgos examinados indiquen una mayor posibilidad de éxito y si posee o constituye un intento de curar o de mayor cura, siempre y cuando no haya otro medio²³⁴. Por el contrario, la pura experimentación no terapéutica debe considerarse ilícita cuando esta lleve el riesgo de matar o disminuir la integridad física o la salud del sujeto²³⁵.

En virtud de ello, en la experimentación con y en seres humanos, los problemas de legitimación se plantean, obviamente, en mayor medida, en aquellos que tienen carácter metódico experimental y que no persiguen (solo en forma incidental) el tratamiento médico o curativo del individuo²³⁶ sino que sirve única o principalmente a los intereses del conocimiento científico²³⁷.

Esta clase de experimentación tiene lugar cuando se realiza en un paciente que de manera indubitable otorga expresamente su consentimiento y voluntad para

²³⁴ MANTOVANI, FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection"; ob cit, pág. 100 y 101.

²³⁵ O a contrario sensu, según señala el profesor Casabona, la realización de experimentaciones puramente científicas con personas - sanas o enfermas - es lícita desde el punto de vista penal, siempre que no supongan un atentado contra la vida, salud e integridad corporal del sujeto de la experimentación, siendo que, ante la irrenunciabilidad de estos bienes jurídicos, ni siquiera el consentimiento del interesado sería suficiente para justificar jurídicamente una lesión grave a la salud o integridad corporal. Cfr; ROMEO CASABONA: "Aspectos jurídicos de la experimentación humana", ob cit, pág. 574.

²³⁶ Los incisos a) y c) del artículo 59 de la Ley del Medicamento mencionada, corresponden precisamente a este tipo de experimentación no terapéutica, ya que en ellas la finalidad curativa, si bien existe, aparece de un modo indirecto.

²³⁷ LÜTTGER HANS se opone a aceptar que el derecho a la autodisposición de la persona sobre la que se experimenta constituye el único fundamento y, a la vez, límite de la experimentación con seres humanos, pues considera que la justificación ética y jurídica de la experimentación con seres humanos en principio no es sino un problema de consentimiento que debe acompañarse por la ponderación del riesgo beneficio para el que se somete voluntariamente a una experimentación.

someterse a un procedimiento o un medio que, ni está objetivamente indicado para su dolencia, ni se encuentra en una relación final con ella²³⁸, y también cuando el medio administrado, si bien puede servir a los fines del tratamiento, se emplea, a diferencia de lo que sucede en la experimentación terapéutica, no por falta de otras terapias más adecuadas sino principalmente por intereses de la investigación²³⁹.

En estos casos, el principio del consentimiento está ceñido al indeclinable derecho a la libertad personal, lo que significará que toda acción o intervención en nombre del beneficio de la ciencia, en ningún caso podrá realizarse sin el consentimiento de la persona sometida a él. O lo que es igual, sin el consentimiento ninguna intervención es lícita, y aún con él, si la intervención o experimentación excede el límite objetivo que salvaguarda la vida de la persona, esto es, su integridad física, su salud y la dignidad, la ilicitud será manifiesta²⁴⁰.

Por tanto, en las hipótesis en que es posible otorgar el consentimiento, mi opinión es que la experimentación, sea cual sea su clasificación, en principio será ética y jurídicamente aceptable si tiende y busca como finalidad la cura del estado de salud del ser humano sobre quien se practica, o bien si tiene como finalidad la no transmisión de una enfermedad a un futuro ser humano, incluso cuando la intervención conlleve la alteración de la originalidad genética contenida en los gametos y, consecuentemente, del contenido histórico genético de su descendencia, o; cuando a falta de ésta finalidad curativa, la experimentación e intervención (por ejemplo en células somáticas) no dañe ni lesione (de antemano) a la persona que voluntariamente se ha sometido a él²⁴¹.

²³⁸ Así, en palabras de BENÍTEZ ORTUZAR, la experimentación humana no terapéutica consiste en la aplicación de las reglas objetivo experimentales de la investigación sobre el ser humano, sus células, tejidos u órganos, sin fines curativos, dirigidas a intereses única o principalmente científicos.

²³⁹ Para FRED ROSNER, los riesgos de este tipo de experimentación son evidentes ante la posibilidad de que los hombres y el mercado conviertan a la ciencia médica en un sistema deshumanizado que implacablemente considere a los seres humanos, infantes, mujeres embarazadas, retardados mentales, moribundos, sanos y enfermos, como animales de laboratorio.

²⁴⁰ En esta dirección, para el Consejo de Europa, el principio del consentimiento abarca en particular las intervenciones genéticas que involucren al hombre, de manera que, aún con el consentimiento, dichas intervenciones serán lícitas sólo cuando persigan como objetivo la actividad o experimentación terapéutica.

²⁴¹ En la cuestión relativa al consentimiento del paciente, cuya única consideración bastaría para desarrollar todo un trabajo de investigación, la opinión unánime de todos aquellos que se han ocupado de los aspectos éticos y legales de la experimentación sobre seres humanos, es que se requiere de éste (del consentimiento) para poder implementar la técnica o el tratamiento experimental. No obstante, y en orden al consentimiento resulta importante destacar que la conducta del médico, sobre quien recae un deber de garantía, que realiza un tratamiento con fin curativo, indicado objetivamente "ex ante" como necesario y ejecutado de acuerdo con las reglas del arte médico, con un

Por ello, la experimentación sobre objetos humanos difícilmente podrá justificarse en un plano ético y consecuentemente jurídico mientras se le considere sólo como un medio necesario para el desarrollo de la ciencia o de la medicina²⁴². Y, a contrario sensu, considero que la experimentación que no pretenda utilizar al ser humano para la consecución de un determinado fin científico o tecnológico, sino por el contrario que pretenda mejorar, elevar o conservar su calidad de vida, será ética y legalmente permisible.

La orientación anterior, es decir, la que autoriza al médico a experimentar y a realizar todo cuanto esté a su alcance para preservar o mejorar la salud del paciente, puede también ser apreciada en una parte de la Declaración de Helsinki que dice textualmente:

“En el tratamiento de una persona enferma, el doctor debe tener la libertad de utilizar una medida terapéutica nueva, si en su opinión y juicio ofrece esperanza de salvar la vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento. Si fuera posible, el doctor debe obtener el libre consentimiento del paciente después de que este haya recibido una completa explicación”.

Bajo esta perspectiva, el tratamiento arriesgado que constituya una experimentación debe practicarse y realizarse si constituye una mínima esperanza para

resultado desfavorable, sin respetar o sin tomar en cuenta la voluntad expresada a través del consentimiento del paciente, no podrá ser considerado, conforme a los criterios de imputación objetiva, constitutivo del delito de lesiones, sino, en su caso, (de no concurrir una causa de justificación o eximente de responsabilidad) de un delito contra la libertad personal. Si esto último se acepta, es indudable que el consentimiento del paciente en estos casos (cuando existe una posición de garante) no tiene relevancia jurídica en el delito de lesiones e inclusive, en su caso, en el delito de homicidio imprudente acaecido como resultado de un tratamiento médico realizado conforme a la *lex artis*. Contrario sería el resultado, es decir, procedería el juicio de imputación, en un supuesto similar en el que no existiera un deber de garantía en el médico que emprende la actividad peligrosa sin consentimiento, ya que puede considerarse que toda intervención en una actividad peligrosa sin consentimiento del sujeto, no puede observarse como permitida, sino como creadora e incrementadora del riesgo. En contra de lo primero se pronuncia BAJO FERNÁNDEZ, al analizar la posición asumida por el Tribunal Supremo Español que consideró ajustada a derecho la conducta del médico que ordenó realizar una transfusión de sangre a una persona, contra su voluntad, que le salvo la vida, por considerar que ello entraña un “olímpico desprecio de la autonomía de decisión del hombre, desprecio más propio de una sociedad autoritaria que de otra respetuosa de las libertades de los derechos de los marginados o de las minorías”.

²⁴² En otras palabras, el carácter personal propio del ser humano exige que como poseedor de una dignidad absoluta, **no pueda ser nunca instrumentalizado o tratado como medio** sino siempre como un fin, no sólo de la especie humana sino considerado individualmente, trascendiendo la condición de individuo del género o de la especie humana para constituirse en un ser único, inédito e irrepetible.

el paciente y siempre que no exista, obviamente, tratamiento alternativo alguno que no ponga en riesgo la vida o la salud del individuo.

No obstante el criterio anterior, debemos volver a recordar que dentro de la comunidad científica internacional se prefirió hacer en su momento, si bien no una excepción a lo anteriormente señalado, una especie de moratoria sobre aquellas técnicas genético manipuladoras con finalidad terapéutica o curativa dirigidas sobre las células germinales, pues se argumentó que si bien tienden a mejorar o elevar la calidad de vida de los futuros seres humanos (la descendencia) pueden poner en riesgo, en el mediano y en el largo plazo, la herencia, condiciones y cualidades genéticas de todo el género humano, ya que en la medida en que el experimento ya no afecta sólo a una realidad individual humana sino al ser humano en cuanto colectividad, las consideraciones en cuanto permisibilidad deben ser diferentes.

Así, el Código de Nuremberg recogió una serie de principios que pretendían marcar los límites de la investigación biomédica²⁴³ y que se resumen en los siguientes tres: se requiere, para poder realizar una experimentación humana, el consentimiento voluntario de la persona²⁴⁴; debe existir una finalidad específica y precisa en el objetivo del experimento, es decir, no debe ser un experimento escogido al azar y; el experimento debe ser desarrollado de manera tal que evite todo deterioro mental o físico de la persona humana sometida al mismo.

De esta manera, hoy día nadie cuestiona el hecho de que el experimento debe tener un fundamento científico y con una base experimental previa basada en experimentos realizados en laboratorios y sobre animales, antes que implementarlo en el hombre. Es decir, se busca alejar el riesgo de la experimentación sobre el hombre y debe existir, evidentemente, la certeza de que no se causará daño a la persona, delimitando los riesgos a los que se expone y la relación riesgo - beneficio, y que el experimento tendrá utilidad para aumentar los conocimientos de la ciencia médica. En otras palabras, el interés del individuo debe siempre prevalecer sobre los intereses de la

²⁴³ Dicho ordenamiento, con el transcurso del tiempo fue complementado y prácticamente sustituido por la declaración de los principios básicos a que debería remitirse cualquier investigador biomédico llevada a cabo en Helsinki en el año de 1964, cuyo texto, si bien no ha cambiado en su esencia y sustancia, ha sufrido varias enmiendas y modificaciones.

²⁴⁴ Principio recogido también por el artículo 6º del Convenio sobre Derechos humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, aprobado por el Pleno de la Asamblea Parlamentaria el 2 de febrero de 1995 y suscrito por la casi mayoría de los países integrantes (salvo Alemania e Inglaterra) el 4 de abril de 1997 en Oviedo, España.

ciencia y de la sociedad²⁴⁵ y los médicos no deben realizar experimentación alguna sobre un ser humano cuando los riesgos no se pueden pronosticar²⁴⁶.

Si dichos principios los aplicamos para resolver o establecer los criterios dentro de la ingeniería genética, es posible adelantar que las intervenciones de ingeniería genética sobre los seres humanos serán absolutamente lícitas cuando se comprendan dentro de los lineamientos mencionados, esto es; cuando sean utilizados con fin curativo y cuando, “*per se*” su utilización no implique daño o riesgo para la vida, la integridad física y la salud del sujeto.

Consecuentemente, la experimentación científica en seres humanos sólo será ética y, consecuentemente, jurídicamente permisible, cuando constituya la única y última opción para curar, aliviar o mejorar la salud y la calidad de vida del ser sobre quien se practique, siendo esto precisamente, como tendremos oportunidad de analizar, el límite que debe existir en cualquier conducta de ingeniería genética, manipuladora o no del genoma humano.

Empero, si bien la experimentación humana a la que hasta ahora y a la que en general estamos acostumbrados ha referirnos, es aquella que se realiza en el ser humano ya nacido, en realidad por la naturaleza de nuestro tópico, los planteamientos también deben estar referidos a la experimentación que hoy día es posible realizar en el ser humano no nacido, e incluso aún en una etapa preliminar a la existencia del ser humano, y que es la que comprende la experimentación con material genético humano, principalmente los gametos humanos, vayan o no a ser utilizados en la fecundación.

En efecto, como tendremos oportunidad de revisar, la protección de la vida del ser humano no nacido en España se diferencia, para efectos del delito de aborto, a partir de que ha tenido lugar la anidación del embrión en el útero de la mujer. Esta protección supondría reconocer que el embrión **anidado** no puede ser objeto de cualquier intervención, pues, aparentemente, en términos del actual Ordenamiento legal, toda aquella conducta que, proyectada sobre el objeto material, el embrión anidado, produzca el o los resultados requeridos por los tipos respectivos (aborto art

²⁴⁵ Y por ello, dice VIDAL GARCÍA, “el supremo criterio para discernir sobre la moralidad de un experimento es la consideración del hombre como persona. Toda experimentación que convierta al ser humano en objeto no tiene garantía de autenticidad humana. Unicamente tiene sentido aquella experimentación que acepte y persiga la dignidad inalienable de la persona”. VIDAL GARCÍA: *Bioética. Estudios de bioética racional*, ob cit, pág. 129.

²⁴⁶ Para mayores detalles léase la Declaración de Helsinki y sus enmiendas llevadas a cabo en la 29ª Asamblea de la Asociación Médica Mundial reunida en Tokio, en la 35ª desarrollada en Venecia, y la 41ª desarrollada en Hong Kong, ahora China.

144, 145 y 146 o lesión art 157 y 158) traerá como consecuencia la comisión de los delitos ahí previstos²⁴⁷.

Por ende, al estar protegida por el Ordenamiento esta realidad - el embrión anidado - cualquier intervención o experimentación sobre él debería, a efecto de no ser considerada normativamente como una conducta antijurídica, cumplir prácticamente los mismos requisitos referidos a la intervención o experimentación sobre los seres humanos ya nacidos.

Sin embargo, insisto, el objeto de reflexión ha de referirse a aquella realidad, el embrión humano que aún no está anidado²⁴⁸, pues lo que se plantea es el cómo deben ser reguladas las conductas que tiendan hacia la investigación y/o experimentación con embriones humanos cuando estos se encuentran fuera del útero de la mujer, ya sea debido a que han sido engendrados o creados extracorporalmente (in vitro) o incluso in vivo, pero aun no implantados. Por ello, la respuesta dependerá del tratamiento y consecuente carácter que el Ordenamiento legal haya dispensado a esta realidad humana, (cuya determinación habrá de constituir una de las tareas de esta investigación) y que debió quedar reflejado en la Ley correspondiente, ello es, en la LTRA.

a.1) La intervención y experimentación en el material genético humano.

Ahora bien, debemos hacer una breve referencia a aquella experimentación e intervención sobre los gametos humanos, definiendo su naturaleza jurídica y estableciendo los diferentes grados de regulación en cuanto a prohibición y permisibilidad en su manipulación y experimentación, ante el inevitable hecho de que la regulación es necesaria e inminente ya que las alteraciones o modificaciones que se realicen sobre los gametos, si fueran utilizados para fines de procreación humana, serán proyectados en un futuro ser humano y quizá, en una futura persona, y de ahí, quizá también, en la futura descendencia.

²⁴⁷ La razón por la cual señalamos que “aparentemente” en términos del Ordenamiento español toda aquella conducta proyectada sobre el embrión anidado que lo lesione quedará abarcada por los tipos “ahí previstos”, es debido a que, como veremos en su oportunidad, las hipótesis delictivas contenidas en los tipos 157 y 158 del CPE que prevén el delito de lesiones, se refieren al feto y no así al embrión o preembrión.

²⁴⁸ Y por lo tanto, insisto, no comprendido dentro de las figuras típicas de protección previstas en el CPE para los delitos de aborto y lesiones al feto; figuras estas que requieren para su debida configuración, (y protección) (según STC 53/1985 y Exposición de Motivos de la Ley 35/1988) la anidación previa en el útero materno (aborto) y/o la organogénesis (lesiones al feto).

En esta misma orientación, siguiendo a LUIS ZARRALUQUI podemos encontrar cuando menos tres factores esenciales que obligan al Derecho a plantearse el tema de la naturaleza jurídica de los elementos genéticos; el avance de la ciencia; el incremento de las posibilidades reales de manipulación de estos elementos, desvirtuando sus propios destinos y finalidades naturales y; la trascendencia que la singularidad de los efectos procreativos y hereditarios confiere tanto a los elementos transmisores de la vida, como a los actos que les afectan²⁴⁹.

Es decir, si la experimentación e intervención genética²⁵⁰ es posible realizarla sobre los gametos humanos, que incuestionablemente podría dar lugar a nuevos seres humanos, y si estos, (los gametos) con mayor razón aún no puede considerarse, bajo los conceptos jurídicos imperantes, que antes de la fecundación posean vida humana, es evidente que el jurista se enfrena a una interesante cuestión.

Por un lado, para realizar una efectiva protección jurídico penal de la "vida", ya no sólo requiere adelantarla a momentos insospechados, pues ya no es suficiente crear mecanismos legales de protección para salvaguardar la vida humana independiente, dependiente o embrionaria (con todas sus complicaciones) sino que ahora tiene, reitero, que proteger a un objeto material - los gametos - diferente a aquel en donde se proyectará o producirá el resultado, esto es el ser humano o la persona que nace después.

Imaginemos; sí la protección al preembrión es controversial, a pesar de que biológicamente es posible reconocer que desde la fecundación es una vida humana, cuánto más controversial podría resultar encontrar en virtud de qué el Derecho deberá proteger aquella realidad de la cual invariablemente procede la vida humana.

Por ello, podemos coincidir con MORILLAS CUEVA y con BENÍTEZ ORTUZAR en que estos hechos traen como consecuencia que ya no sólo la vida humana independiente o dependiente será el único bien jurídico al que se plantee la posibilidad de proteger, "por lo que la regulación actual del aborto queda insuficiente cuando se experimenta con la nueva tecnología genética; la posible protección penal hay que graduarla en base a las etapas de prefecundación, preembrión, embrión postimplantatorio y feto"²⁵¹,

²⁴⁹ SÁNCHEZ EZNARRIAGA, LUIS ZARRALUQUI: "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", Revista General de Derecho, Nº 501, año 1986, pág. 2435.

²⁵⁰ Definida por MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTUZAR: "Límites penales de la experimentación humana", ob cit, pág. 243, como la observación provocada mediante técnicas o sustancias nuevas aplicadas a las células germinales o reproductoras humanas después de su fecundación o cuando se aplica sobre gametos no fecundados pero con finalidad reproductora por razones terapéuticas.

²⁵¹ MORILLAS CUEVA; BENÍTEZ ORTUZAR: "Límites penales de la experimentación humana", ob cit, pág. 244 y ss.

haciéndose indispensable la delimitación de los nuevos bienes jurídicos necesitados o no de protección penal y el replanteamiento de la protección penal del no nacido²⁵².

Precisamente por ello, dado que el momento de la posible manipulación de los gametos se corresponde con el periodo de la prefecundación (no hay vida humana), con el fin de definir la naturaleza jurídica de los gametos o de los elementos genéticos, y de ahí establecer los límites de las conductas que se estimen permisivas, LUIS ZARRALUQUI, utilizando al cuerpo humano los principios comúnmente aceptados para definir la naturaleza de una cosa²⁵³ - "entidad individual, material o inmaterial, con existencia autónoma, apropiable y con utilidad económica" destaca la problemática de considerar el conjunto de componentes del cuerpo humano que puedan ser cosas para el Derecho, diferenciando entre cosas apropiables sin limitación ni restricción alguna, (cuando están separados del hombre) y cosas apropiables con limitaciones; comprendiéndose en la primera objetos tales como el pelo o quizá los dientes y, en la segunda, la sangre, los tejidos, órganos, vasos, huesos y miembros que pueden proceder de cadáveres o de seres vivos²⁵⁴.

Dado que tanto la gónadas o glándulas productoras de gametos, esto es, los testículos y los ovarios, cuanto los gametos, masculino y femenino - espermatozoides y ovocitos - son los agentes directos de la reproducción, es posible establecer que por su naturaleza, las gónadas o las glándulas productoras de gametos, (testículos y ovarios), pueden ser asimiladas, en cuanto a su naturaleza jurídica, a los restantes componentes del cuerpo humano puesto que forman e integran parte del mismo²⁵⁵, y por lo tanto de la

²⁵² Para MORILLAS CUEVA y BENÍTEZ ORTUZAR en la obra citada en el punto inmediato anterior, dado que el concepto de dignidad lo entienden bajo un prisma personalista, y por tanto no cabe abarcar dicha dignidad como bien jurídico en estas conductas, les parece claro que el único bien que puede protegerse desde un punto de vista penal es la vida, proponiendo que la solución se encuentra creando "un delito obstáculo", consistente en tipos penales que recojan conductas típicas permanentes que abarcarán la unidad de acción desde el momento en el cual se comienzan las prácticas de experimentación genética hasta el nacimiento, donde el sujeto es ya si persona, y siendo, mediante una ficción jurídica, este el momento en que se realiza el hecho típico. Ob cit, pág. 249.

²⁵³ En dirección similar, para FEMENIA LÓPEZ, PEDRO J: "Límites jurídicos a la alteración del patrimonio genético de los seres humanos (Parte I)". Ejemplar dactilografiado, la delimitación de la naturaleza jurídica del material genético humano conduce a la summa divisio del Derecho civil, ello es, a las dos grandes categorías de las personas y las cosas, destacando que bajo una concepción realista el patrimonio genético no es persona sino cosa y que por su naturaleza sería cosa mueble, tanto en su aspecto corporal como incorporal.

²⁵⁴ SÁNCHEZ EZNARRIAGA: "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", ob cit, pág. 2435.

²⁵⁵ Véase; SÁNCHEZ EZNARRIAGA: "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", ob cit, pág. 2444. Además de ello, para este autor, incluso sí por extensión se considera como órganos genéticos todas aquellas partes del cuerpo humano que tienen alguna participación en la producción

persona sujeto de derechos, lo que nos lleva a concluir que estos elementos genéticos no pueden convertirse, por su separación traumática del cuerpo humano, en cosas que puedan ser objeto de relaciones y negocios jurídicos²⁵⁶, pues no puede justificarse la conversión en cosas de estos órganos, separándolos de personas vivas.

En cuanto a los gametos - espermatozoides y ovocitos - y que por excelencia podrían ser los elementos genéticos objeto de una manipulación genética más amplia, la posición es distinta, pues, desde una perspectiva legal, es indudable que el semen o los ovocitos, al separarse del cuerpo que los ha reproducido, se constituyen en cosas y, por lo tanto, en objetos de derechos²⁵⁷.

Es decir, los gametos son cosas porque son susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero son indiscutiblemente de tráfico restringido, por su especial condición y calidad²⁵⁸.

Por lo tanto, en principio la pregunta acerca de la permisibilidad o no de investigar o experimentar con los gametos humanos puede responderse en un sentido afirmativo al no lesionarse ni producirse daño alguno al productor de ellos, pero con la salvedad de que esta manipulación no tuerza ni altere ni modifique o perjudique la identidad e integridad físico genética de un futuro ser humano, y de ahí, de la especie humana.

Así, bajo esta reflexión, la intervención y experimentación con y en gametos humanos puede ser libre e ilimitada, y la única restricción o prohibición que debe

del espermatozoide o del ovocito, o que permiten, contribuyen o facilitan que los mismos realicen la función generadora, la naturaleza jurídica es la misma, puesto que estos elementos están unidos, y constituyen partes no separadas de un todo, que es el cuerpo humano.

²⁵⁶ En esa dirección apunta el artículo 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa que establece el principio de no comercialización del cuerpo humano y de sus partes.

²⁵⁷ En contra; VIDAL MARTÍNEZ: "La regulación de la reproducción humana en el derecho español; ob cit, pág. 84, quien sostiene que dadas las peculiares características de los elementos genéticos, existe un impedimento para que puedan ser, en sentido estricto, considerados como objeto de negocio jurídico alguno. Y específicamente en lo que concierne a los gametos humanos, por cuanto a su funcionalidad, deben ser considerados como bienes de la personalidad intransmisibles, puesto que dan lugar a un vínculo biológico que no debe considerarse susceptible de renuncia en el plano jurídico dada su inherencia a la persona.

²⁵⁸ Para el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, - Informe Palacios - aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, publicado por el Congreso de los Diputados en 1987, pág. 68, los gametos, independientemente de lo que sean como bioquímica, no deben ser tratados como cosas sino que deben ser considerados elementos utilizables para posibilidades positivas previamente aceptadas, proponiendo como ZARRALUQUI, que su apropiación este sometida a ciertas reglas y principios.

imponerse es que el o los gametos utilizados en la investigación o experimentación no sea usado para originar preembriones, siendo esa precisamente la dirección en que el Ordenamiento legal español se ha pronunciado, según se observa en el artículo 14.3 de la Ley 35/1988²⁵⁹, y cuyo límite supone que ha de entenderse como un compromiso con la inalterabilidad de las características genotípicas de los seres humanos.

b) Clonación.

El clímax de la ingeniería genética dentro de la tecnología reproductora, caracterizada por una total separación no sólo entre el comienzo de la vida y la pareja sino respecto de toda relación sexual, desde nuestro punto de vista lo constituye la clonación humana, que se dará mediante la acción de factores físicos o químicos y, en ocasiones, sin necesidad de semen masculino.

La palabra clonación o el verbo clonar proviene de la palabra Griega klon que significa rama o retoño; la rama plantada de un árbol producirá otro árbol, es decir, un "klon".

En biología, por clon se entiende un grupo de organismos de idéntica constitución genética molecular que proceden de un único individuo mediante multiplicación asexual, siendo a su vez iguales a él²⁶⁰. Así, el uso moderno y convencional ha extendido el significado de esta palabra de manera tal que por clonar se entiende *crear una copia*, mientras que en el argot del mundo de la genética significa repetir la misma información genética varias veces para obtener copias idénticas²⁶¹, o la producción de una célula u organismo con el mismo genoma nuclear que otra célula u organismo, o simplemente el proceso consistente en reproducir organismos genéticamente idénticos²⁶².

²⁵⁹ No obstante debe apuntarse la incorrección descriptiva o narrativa en la que el legislador incurre y en la que más adelante ahondaremos, pues al establecer el artículo 14.3 que los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones "con fines de procreación", olvida que la prohibición de generar preembriones no tiene excepción, (artículo 3º LTRA) es decir, sí crear embriones con cualquier finalidad que no sea la procreación es una conducta prohibida e inclusive sancionada penalmente, la redundancia es elocuente.

²⁶⁰ El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al clon como "una estirpe celular o serie de individuos pluricelulares nacidos de ésta, absolutamente homogéneos desde el punto de vista de su estructura genética".

²⁶¹ HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: "Juridico Penal Considerations On Human Embryo Cloning II, en: Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 2 enero, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pág. 89.

²⁶² Esta definición es la que utiliza la Comisión Europea. Véase; "Aspectos Éticos de las técnicas de clonación. Dictamen del Grupo de Asesores sobre implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea. Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 6, 1997, pág. 234.

b.1) Tipos de clonación. Cuando se habla de clonación se hace referencia a dos conceptos diferentes; uno que se refiere a la duplicación exacta de un material genético determinado - ingeniería genética molecular - que no esta directamente relacionado con la reproducción asistida, y el otro, que se refiere a la creación de seres genéticamente idénticos - ingeniería genética no molecular²⁶³.

Respecto del primer concepto de clonación, referido a la duplicación exacta de un material genético determinado, consiste en la aplicación de técnicas de clonación en cultivos celulares o en embriones preimplantatorios sin intención de producir un individuo clónico vivo, sino con objeto de establecer cultivos de tejidos, y si fuera posible de órganos - a partir de células troncales del embrión o células stem²⁶⁴, denominándola también, cuando los cultivos celulares sean establecidos con fines de investigación clínica en la reparación de tejidos u órganos dañados, clonación terapéutica²⁶⁵.

Así, "por lo que respecta a la clonación en ingeniería genética molecular, cabe decir que es un elemento fundamental para poder realizar cualquier práctica de ingeniería génica, sea o no terapéutica, la multiplicación de genes obtenidos del ADN de las células humanas a través de bacterias o levaduras, obteniendo nuevos genes exactamente idénticos al gen clonado"..... La clonación en ingeniería genética no molecular tiene como base la célula germinal femenina, el óvulo, o el preembrión en sus primeras etapas del desarrollo y consiste en la creación de seres idénticos, es decir, en individuos con un mismo genotipo. Actuando sobre el embrión o sobre un óvulo sin fecundar estaremos ante una u otra forma de clonación no molecular"²⁶⁶.

²⁶³ La Sociedad MAX PLANCK propuso precisamente por esta razón, es decir, dada la aplicación del término clonación para situaciones y realidades científicas diferentes, que se evite el concepto de clonación para referirse a estos supuestos y se utilice el de "producción y multiplicación de embriones de genotipo idéntico". Ver: Hofschneider, P.H: "Ley de Protección del Embrión - La protección de la vida humana en todas sus fases de desarrollo y la libertad de experimentación"; (Kommision Der Max Plank - Gesellschaft Under Federführung. - Actitud de la Sociedad Max Plank ante el anteproyecto del ministro de Justicia de la RFA), en; *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editor Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, pág. 127-147.

²⁶⁴ Células inmaduras - no diferenciadas - con capacidad de autorregulación y diferenciación que son precursoras de una serie de células diferenciadas (especializadas). Pueden ser totipotenciales, pluripotenciales, o restringidas a una línea celular concreta.

²⁶⁵ Cfr: I INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, Ministerio de Sanidad y Consumo, Diciembre de 1998, pág. 35.

²⁶⁶ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 85.

Nosotros distinguiremos de entre la clonación en ingeniería molecular y la clonación en ingeniería no molecular, utilizando para ello los términos empleados recientemente por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en su primer Informe Anual, denominando a la primera simplemente "clonación no reproductiva" y a la segunda "clonación con fines reproductivos", o también, sencillamente, "clonación humana o reproductiva", dentro de la cual habrá que realizar distinciones, según el método o técnica que para tal efecto se emplee.

Obviamente que, según veremos, el marco de permisibilidad de las diferentes técnicas será distinto en atención a las finalidades perseguidas y, específicamente, al estatuto jurídico que se reconozca en cada Ordenamiento legal, en nuestro caso particular el español, al preembrión humano.

b.2.) Clonación humana no reproductiva.

Acerca de la permisibilidad ética, y consecuentemente jurídica de la clonación no reproductiva, se suelen utilizar una serie de argumentos con que se pretende soportar un marco jurídico permisivo, basándose en el hecho de que el estudio y la perfección de este proceso dará lugar al estudio de los factores responsables del crecimiento de las células, su multiplicación y diferenciación, lo que permitirá la mejor y más profunda investigación de las enfermedades con el propósito obvio de avanzar en el estado global de la salud humana²⁶⁷, pudiendo utilizarse para poder desarrollar específicas líneas celulares que pudiesen generar o llevar a la formación células y tejidos especiales de gran valor para los trasplantes, lo que podría incluir desde piel para las personas quemadas, células sanguíneas e inclusive tejido neuronal para el tratamiento de las lesiones, hasta huesos para aquellos que están siendo sometidos a un tratamiento de quimioterapia, etc²⁶⁸.

Frente a esos argumentos respecto de la clonación no reproductiva y de su permisibilidad, se opone el hecho de que la obtención de los cultivos celulares o de los órganos se realizará a partir de células troncales obtenidas de embriones generados

²⁶⁷ DECLAN, BUTLER y WADMAN MEREDITH: "Calls for cloning ban sell science short", Nature Magazine, Vol 386, pág. 9, 1997.

²⁶⁸ Sobre las ventajas médico curativas de las técnicas de clonación, Ver; WILSON, ROBERT: "The promise of cloning for human medicine; Not a moral threat but an exciting challenge", BMJ Magazine, Institute of Obstetrics and Gynecology, Hammersmith Hospital, W12 OHS, Vol 314, pág. 914, London, 1997.

con técnicas de transferencia de núcleos²⁶⁹, lo que replantea el problema del estatuto jurídico de los embriones así obtenidos²⁷⁰.

Es decir, la creación de un embrión con el objeto de establecer cultivos de tejidos y de órganos a partir de las células troncales del mismo embrión preimplantatorio para poder utilizarlos en la reparación de algún tejido u órgano dañado del propio u otro individuo, plantea el problema jurídico (también ético) de haber creado un preembrión humano con la única intención de generar tejidos y no individuos, que ha de ser destruido para poder establecer los cultivos celulares deseados a través de la extracción de sus células aún totipotentes.

Siendo esto así, es obvio que, tal y como se destaca en el Informe mencionado de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, en el juicio ético de esta situación el punto de partida estará condicionado por la valoración que se tenga a priori sobre el estatuto del embrión preimplantatorio y del momento en que se considere que comienza una vida independiente a partir de una vía de reproducción distinta a la habitual, por lo que el debate sobre la consideración del momento en que la vida humana comienza vuelve a ser determinante para decidir, finalmente, acerca del concreto juego de intereses que habrá que ponderar para derivar la permisibilidad jurídica de la clonación no reproductiva a partir de células embrionales²⁷¹.

Sobre ello también versa uno de los debates que los últimos avances en el desarrollo científico ha suscitado, y que se corresponde con la posibilidad de utilizar las

²⁶⁹ Véase; I INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, ob cit, pág. V.

²⁷⁰ Resulta muy ilustrativo para entender el conflicto ético jurídico que aquí destacamos, atender a las declaraciones que vertiera el Director del Instituto Roslin, IAN WILLMUT, creador de la famosa oveja Dolly. Este, expresamente afirmó que si bien entiende que muchas personas se puedan sentir ofendidas por los trabajos que pretenden obtener células totipotentes de embriones para transplantarlas en humanos afectados con diversas enfermedades, también recuerda que se trata de un asunto muy importante que requiere de un acuerdo social. ¿Porqué? Pues “la única forma de obtener las necesarias células madre de un individuo, evitando a la vez los problemas de rechazo inmune, es creando un embrión humano mediante la transferencia del núcleo de una célula aislada, por ejemplo de la piel del enfermo, a un óvulo cuyo material genético hubiese sido retirado. Entonces se permitiría crecer a este embrión no más de catorce días para poder aislar las células madre....”. Véase la nota periodística titulada “Los creadores de Dolly clonarán células humanas con fines terapéuticos” que aparece en el ABC de fecha Jueves 6 de noviembre de 1997.

²⁷¹ Tal y como el propio *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN* lo destaca, si se parte o considera que el cigoto en un ser humano ya desde la fecundación, la valoración acerca de la permisibilidad de la técnica habrá de ser negativa, “inaceptable”. Cfr; *Informe Sobre la Clonación, En las fronteras de la vida. Comité de expertos sobre bioética y clonación*. Instituto de Bioética de Ciencias de la Salud, pág. 154, Madrid, 1999.

llamadas células madre humanas de tipo embrionario²⁷², que tienen la característica de ser pluripotentes, para generar también in vitro linajes celulares.

“El problema legal y ético ha surgido no sólo por el hecho de que se emplee para el aislamiento de estas células un embrión, sino por la posibilidad de que estas células, por su carácter pluripotencial, pudieran dar lugar no sólo a varios linajes celulares sino a un individuo completo si se colocaran en un ambiente propicio. En este contexto, tales células se deberían considerar como embriones y, por tanto, su manipulación habría de someterse a las restricciones legales y éticas que se aplican a la experimentación con embriones provenientes de una fecundación”²⁷³.

Empero, si bien para el aislamiento de estas células madre se debe utilizar un embrión totipotente, lo que implica que habría que reconducir el debate sobre su licitud en función del estatuto que se de al embrión, el verdadero problema radica en que también se pueden obtener células madre, igualmente capaces de generar varios linajes celulares, a partir no sólo de tejidos embrionales o fetales, sino también de la médula ósea o del cerebro.

Por ello, el Informe Sobre la Clonación se pregunta si estas células madre que no provienen de un embrión son capaces de generar un individuo completo o si solo tienen capacidad para diferenciarse en varios linajes celulares. “Parece obvio que si no tuvieran la capacidad de generar un individuo completo no deberían someterse a las restricciones legales y éticas de las células embrionarias. Las células madre, sin embargo, parecen ser mucho más versátiles de lo que pensamos en la actualidad. ¿Cuál sería la repercusión legal y ética del empleo de esas células en el caso de que supiéramos que podrían adquirir totipotencialidad in vitro, al colocarlas en un ambiente provisto de las señalizaciones moleculares adecuadas para el comienzo del desarrollo embrionario?”²⁷⁴.

La conclusión del Informe es que si bien al colocarlas en un ambiente adecuado tales células habrían llegado a ser propiamente embrionarias, ese hecho no puede cambiar el estado constitutivo de pluripotencialidad que tenían en origen, por lo que, consecuentemente, no deben ser consideradas como embrionarias²⁷⁵.

²⁷² La célula madre es definida como Célula troncal o Célula stem. La Célula stem embrionaria es definida como una Célula troncal de tipo embrionario que parece encontrarse en la masa celular interna, y la Célula troncal es a su vez definida como una Célula inmadura con capacidad de autoregeneración y diferenciación que puede estar presente en el embrión (célula stem embrionaria) o en diversos tejidos.

²⁷³ INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit, pág. 155.

²⁷⁴ Ibídem.

²⁷⁵ En realidad, en un futuro nada lejano, la discusión ético jurídica se inscribirá ahí, a partir del uso de células madre provenientes de órganos adultos, dado que ello se constituirá en la alternativa que resolverá las controversias ético legales relacionadas con el uso de embriones humanos como fuentes de obtención de células no diferenciadas a partir de las cuales puede producirse prácticamente cualquier tipo

Pero ello no es todo. Tal y como el Informe lo sostiene, el hecho de que se puedan obtener células madre pluripotentes pero también totipotentes a partir de ovocitos enucleados en los que se ha practicado la clonación por transferencia de núcleos de células diferenciadas, parece indicar que **entre el óvulo que ha sido fecundado por un espermatozoide y el óvulo al que se ha transferido el núcleo de una célula diferenciada hay importantes diferencias** en cuanto que en el primer caso, el cigoto tiene la capacidad natural de formar un individuo completo, mientras que en el segundo, no tiene por si mismo ninguna capacidad pluripotencial ni totipotencial natural, pues sólo llegará a ser pluripotente o totipotente en condiciones especiales.

De esta manera, lo que se plantea es que hasta en tanto no fuese constitutivamente totipotente dicho óvulo al que se le ha transplantado un núcleo de una célula diferenciada, no podrá ser considerado como una célula embrionaria, lo cual permitiría, ineludiblemente, una mayor intervención sobre ellas sin las restricciones inherentes a las intervenciones sobre material embrionario. Empero, el quid de la cuestión radica en que, siguiendo al Informe mismo, hasta hoy en día no es posible determinar donde comienza la totipotencialidad de una célula para poder darle el calificativo de embrionaria.

Por ende, sin adelantar aún conclusiones, podríamos derivar tres posiciones que se desprenden del mismo marco legal:

A. Por un lado, que la clonación no reproductiva esta prohibida por el artículo 161.2 del CPE, en cuanto prohíbe la creación de seres humanos idénticos por clonación sin distinguir entre la creación de seres humanos por clonación con fines reproductivos, con fines distintos al de originar un individuo humano que pueda traerse a término, o para utilizar sus células troncales para intentar producir tejidos y órganos, esto es, no reproductivos²⁷⁶;

de célula o tejido humano, por tanto que a partir del uso de éstas células adultas no diferenciadas (también madre) se evitará la utilización y destrucción de los embriones humanos.

²⁷⁶ En contra ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "¿Límites Jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación", ob cit, pág. 25 y 26, para quien de la lectura del CPE se evidencia que en realidad no se suelen prohibir las técnicas de clonación en si mismas sino la creación de seres idénticos por clonación, aduciendo además como argumento de esa posición que en aquel momento ni el Convenio Sobre Derecho Humanos y biomedicina, ni el Proyecto de Declaración sobre Derechos Humanos y Genoma Humano se contiene prohibición expresa de la clonación. En un sentido parecido, el científico HARRY GRIFFIN señaló que la creación de embriones por medio de la clonación vía la transferencia del núcleo de una célula aislada a un óvulo previamente desnucleado si bien suscita importantes cuestiones éticas, ellas son diferentes de las que se producirían si ese embrión fuese implantado en el útero de una mujer en un intento de producir un niño clónico. El análisis y discusión de las divergentes posiciones se retoma en el tercer capítulo, dentro del análisis de la figura típica del artículo 161.2.

B. Por el otro lado, que la clonación no reproductiva a través de la creación de embriones clónicos como fuente de tejidos u órganos está prohibida en términos del artículo 161.1 del CPE, ello en la medida en la que se considere que la activación de un óvulo humano a través de las técnicas de clonación puede ubicarse como una técnica no convencional de fecundación²⁷⁷.

C. Por último, dado que el artículo 8.2 de la Ley 42/1988 dispone que la aplicación de la tecnología genética se podrá autorizar para la consecución de los fines y en los supuestos a los que la misma Ley se refiere en los incisos a), b), c) y d) de ese artículo, destacándose la autorización contenida en el inciso b) para la fabricación "por clonación molecular o de genes, de sustancias o productos de uso sanitario o clínico en cantidades suficientes y sin riesgo biológico, cuando no sea conveniente por otros medios, como hormonas, anticancerígenos o vacunas sin riesgos inmunitarios o infecciosos" y en el inciso c) "para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma X, evitando su transmisión; o para crear *mosaicos genéticos beneficiosos por medio de la cirugía, al trasplantar células, tejidos, u órganos de los embriones o fetos* a enfermos en los que están biológica y genéticamente alterados o faltan, que según la Ley, la creación de embriones humanos sin finalidad reproductiva, a través de la práctica de una clonación, no es una conducta delictiva cuando se realice en los términos autorizados, ello es, para crear mosaicos genéticos beneficiosos por medio de la cirugía.....²⁷⁸.

²⁷⁷ Para nosotros, según exponemos más adelante, es más que dudoso y por ello **rechazable que la clonación constituya una fecundación del óvulo**, pues, utilizando los términos empleados por BELLVER CAPELLA, el óvulo más que ser fecundado por un espermatozoide, es ocupado por el núcleo de una célula adulta.

²⁷⁸ Hay que destacar que en los términos de la firma del Protocolo del Consejo de Europa del pasado 12 de enero de 1998 suscrito por 19 países incluyendo España, y que vino a completar la Convención Europea sobre Biomedicina, quedó establecido que la reproducción genética de tejidos o células con fines de investigación u objetivos terapéuticos queda al margen de la prohibición de la clonación de seres humanos. No obstante, si ello se menciona es porque la firma de éste Protocolo por parte de España, en opinión de MARCELO PALACIOS, no tuvo ninguna incidencia en el marco normativo español por tanto que la legislación española "hace ya diez años que regula estas cuestiones", lo cual viene a darnos claros indicios del sentido y dirección en la que algunos consideran tiene que ser interpretado el conjunto normativo español sobre este particular. No obstante, muestra de la falta absoluta de consenso que sobre éste particular existe lo constituye las declaraciones **encontradas** que distintos juristas y miembros del parlamento español han emitido a partir de la reciente decisión del Gobierno Británico de permitir la creación por clonación de embriones humanos con fines terapéuticos, fines identificados en la obtención de células no diferenciadas a partir de las cuales puedan crearse casi cualquier clase de tejidos celulares para implantes, neuronas, músculos, páncreas, etc, pues mientras unos sostienen que dicha conducta está prohibida en los términos del artículo 161.2 del CPE, otros afirman que en realidad "existe una laguna en el ordenamiento jurídico español, tanto penal como civil". Véase El País, viernes 18 de agosto de 2000, pag 20.

b.3) Clonación reproductiva humana.

Por lo que a la clonación reproductiva humana se refiere, debe quedar muy claro que se puede desarrollar a través de técnicas o métodos que son completamente diferentes entre sí, pues comprende realidades científicas diversas, y por lo tanto, así de diferentes deberán ser las valoraciones ético jurídicas que se pronuncien. “Según el método empleado, es muy importante distinguir los procedimientos que se utilizan para generar organismos idénticos o casi idénticos. En la actualidad, se consideran como métodos de clonación a tres procedimientos diferentes: la partición de los embriones preimplantatorios; la transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales y; la transferencia de núcleos de células provenientes de individuos ya nacidos”²⁷⁹.

b.3.1) Cuando la clonación reproductiva humana consiste en la partición de los embriones, también definido como la división mecánica de los embriones (gemelación) o separación de blastómeros²⁸⁰ que se realiza sobre un embrión en etapa de cigoto, ésta consistirá en la división artificial del mismo cigoto por bisección o separación en los primeros estadios de desarrollo embrionario, creando uno o varios cigotos más con un código genético idéntico ya que todos provienen de un mismo óvulo y de un mismo espermatozoide.

Según PEDRO DE LA FUENTE, la duplicación del embrión se produce espontáneamente en la especie humana con una frecuencia del 0.4 por 100 de los embarazos, es decir, ésta división o clonación realizada de manera artificial, ocurre de manera natural cuando una mujer tiene gemelos idénticos que provienen de un único

²⁷⁹ Informe Sobre la Clonación, ob cit, pág. 50 y 51. Es muy importante destacar que **para los miembros del Comité** que conformaron y realizaron el Informe correspondiente a los aspectos científicos y técnicos de la clonación, **la agrupación de estos tres procedimientos dentro del marco de la clonación está basada en el hecho de que dichos métodos conducen a la generación de individuos idénticos entre sí, pero sin tener en cuenta si la progenie generada es o no idéntica a los progenitores.** Por ende, proponen incluso diferenciar estos tres métodos de manera tal que la gemelación no sea considerada como una técnica de clonación; que la transferencia a partir de núcleos provenientes de células embrionarias o fetales sea denominada paraclonación y; que sólo la transferencia a partir de núcleos de células adultas sea considerada en sentido estricto clonación, denominándola “clonación verdadera”.

²⁸⁰ Siguiendo al Informe Sobre la Clonación, los primeros estadios de desarrollo embrional se distinguen según el número de células que poseen, o bien haciendo referencia a una característica específica de esta etapa, denominándose a cada célula dentro del estadio de 2,4,8, y 16 células blastómero; Mórula a los blastómeros que se agrupan formando un conjunto de células, y cuyo proceso tiene lugar cuando existen 12-16 blastómeros y; Blastocisto, que es la Mórula convertida en blastocisto cuando comienza a desarrollarse en su interior una cavidad llena de líquido, de forma tal que las células localizadas centralmente, llamadas “masa celular interna” darán origen al preembrión propiamente dicho. Cfr, Informe Sobre la Clonación, ob cit, pág. 45.

óvulo fecundado por un único espermatozoide²⁸¹, siendo posible realizar dichas divisiones en el laboratorio en embriones muy jóvenes antes de la fase de blástula, retirando la membrana pelúcida y, mediante técnicas de microdissección, dividir en dos grupos las células del embrión, las cuales se inyectan dentro de sendas membranas pelúcidas²⁸², destacando que ésta técnica ha sido realizada en ratones, especies ovina y bovina, sobrepasando el 90 por 100 de éxitos en esta última.

Hecha la división del cigoto, estos podrían ser transferidos al útero, **obteniéndose** la misma cantidad de **seres idénticos entre si** - con un genotipo común - que los cigotos duplicados o divididos a través de esta técnica de clonación²⁸³, **pero diferentes a sus progenitores**. No obstante, hay que hacer notar, como lo destaca el Informe Sobre la Clonación, que pueden surgir mutaciones en el desarrollo embrionario y fetal de cada individuo que hará que, en realidad, los individuos resultantes no sean idénticos entre si, ni aún genéticamente²⁸⁴.

b.3.2) Cuando la clonación reproductiva se realiza a través de la transferencia del núcleo de una célula, ésta se hará a partir, de una célula embrionaria o fetal o de una célula somática o adulta, a un óvulo no fecundado al cual previamente se ha removido su núcleo.

²⁸¹ Como lo señalamos cuando hicimos mención de las técnicas de crioconservación, otra de las posibilidades que se abren con el desarrollo de este tipo de técnicas de reproducción, es que los cigotos creados, vía su división artificial, pueden ser congelados (crioconservados) para ser implantados en el momento en que la mujer lo desee, cabiendo así la posibilidad de tener gemelos idénticos, provenientes de un mismo cigoto, sólo que con la diferencia de edad que unilateralmente se decida.

²⁸² DE LA FUENTE, PEDRO: "Presente y Futuro de la Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones", en; *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, pág. 99. Este autor específicamente señala que esta técnica difiere de la clonación en que el número de embriones que se puede obtener es casi siempre dos, debido a que la relación núcleo citoplasma tiene que tener un valor; el núcleo tiene siempre el mismo tamaño, y los blastómeros, a medida que se multiplican, tienen menor volumen citoplasmático, llegando un límite en que la célula no puede tener una actividad normal.

²⁸³ Durante el Congreso de Fertilización realizado en Montreal, Canadá, en octubre de 1993, los científicos JERRY HALL Y ROBERT STILLMAN fueron los primeros en anunciar públicamente que se había realizado una clonación de un embrión humano vía separación embrional. Aunque los embriones utilizados eran "anormales" que jamás se hubieran transformado en neonatos verdaderos, el experimento fue suspendido al mes siguiente. Para más detalle sobre esto, ver: NADIA HIDALGO, SORAYA: "Clonación o reproducción en serie de seres humanos, ¿una alternativa del siglo XXI?", Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 4, 1996, pág. 44-58.

²⁸⁴ Motivo por el cual el propio Informe ha propuesto que éste método de gemelación artificial no sea considerado como una técnica de clonación en sentido estricto, de forma tal que los individuos así generados habría que llamarlos simplemente gemelos y no clones. Véase; *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 53.

En el primer caso, cuando la transferencia se realiza a partir de núcleos provenientes de células embrionarias (del blastómero de un preembrión) o fetales, a un óvulo al que también previamente se haya eliminado sus cromosomas, **el resultado será la obtención de individuos idénticos entre si pero no idénticos a sus progenitores**, ello es, “si se entienden como tales a los individuos que aportaron los gametos para formar el preembrión o embrión del cual se obtuvo el núcleo a transferir”, pues en realidad el progenitor de los clones es el preembrión o las células embrionarias o fetales que se han utilizado como donante de los núcleos²⁸⁵.

Sin embargo, habrá que recordar en su momento, que en un porcentaje muy alto de estos casos, el embrión del que se obtengan los núcleos será destruido al momento de separar los blastómeros o al usar esas células con el objeto de realizar el cultivo celular, aunque existe también la posibilidad teórica, según el Informe Sobre la Clonación antes mencionado, de que sea posible extraer solo unos pocos blastómeros del preembrión con el fin de utilizar sus núcleos, dejando que el resto continúe con su desarrollo.

Así también, habrá que considerar que en ésta hipótesis de clonación a partir de núcleos de células embrionales o fetales que serán transferidos a un óvulo previamente enucleado, es posible apreciar importantes diferencias (atendiendo a sus fines) que incidirán en su valoración ética y jurídica, en tanto que dicha técnica no traerá como consecuencia ni la creación de un ser humano a partir de un contenido genético “copiado”, ni la sustitución o eliminación de la información genética completa del cigoto del cual el núcleo ha sido removido, sino que buscará la consecución de su completo desarrollo y la eventual formación de una nueva persona, conservando su dotación genética original, ello es, su dotación genética doble proveniente de gametos masculinos y femeninos, y por tanto, la aplicación de ésta técnica debe contemplarse y valorarse por separado por cuanto que representa una posibilidad terapéutica importante para el tratamiento de enfermedades en el ser humano por nacer que incidirán, una vez nacido, en su salud e integridad física, como por ejemplo en el caso de enfermedades mitocondriales.

En el segundo caso, cuando la clonación reproductiva vía transferencia nuclear se realiza a partir de núcleos provenientes u obtenidos de células somáticas (diploide)²⁸⁶, es decir, de individuos ya nacidos, a un óvulo no fecundado previamente

²⁸⁵ Ibidem, pág. 54.

²⁸⁶ En todos los individuos de una misma especie pluricelular los cromosomas contenidos en el núcleo de las células somáticas aparecen en número par constante. Se denominan por ello células diploides. En la reproducción sexual, al producirse una división celular especial (meiosis), se reduce a

enucleado, o lo que es igual, al que se le ha removido toda su información genética que será sustituida por el núcleo de la célula asexual del organismo adulto del individuo a quien se quiere clonar, todo ello sin la presencia del semen o gameto masculino, y en la que el óvulo con su núcleo transplantado es estimulado para que prosiga el desarrollo de división celular y para que se desarrolle como si hubiese sido fecundado por un espermatozoide, **el resultado será que se generarán individuos idénticos entre sí y también idénticos a su progenitor**²⁸⁷, en éste caso, reitero, el donante del núcleo que haya sido utilizado para la activación del óvulo²⁸⁸.

De esta manera, insisto, **el desarrollo embrionario se desarrolla sin la presencia de la fecundación**, pues ésta técnica también sustituye la fecundación del óvulo con un espermatozoide a través del núcleo de una célula asexual (somática) de la persona que va a ser duplicada, “es decir, se suprime la unión de dos gametos con 23 cromosomas haploides en sus núcleos, sustituyéndola por la introducción del núcleo de un cromosoma diploide”^{289 290}.

Así, de acuerdo a la clasificación que propusimos en este trabajo, ni la clonación reproductiva humana a través de la división artificial del cigoto ni a partir de la transferencia de cualquier clase de célula a un óvulo previamente enucleado, pueden ser referidas como técnicas de manipulación genética, sino tan sólo como de ingeniería genética, ya que no implican la transformación o alteración del patrimonio genético del ser humano²⁹¹.

la mitad el número de cromosomas de las células sexuales o gametos, que por ello son denominadas células haploides.

²⁸⁷ Razón ésta por la cual el *Informe Sobre la Clonación* aconsejó que sólo para este método se utilice el término clonación, e incluso sugirió que de ser necesario para lograr una mayor y más clara distinción, se utilice el término “clonación verdadera”. Cfr; *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 57.

²⁸⁸ En estos casos, **el gen viene determinado únicamente por el que aporta el núcleo**. Si el núcleo se toma de una célula de la mujer cuyo núcleo está activado, **el hijo será su idéntico gemelo**. Si el núcleo es de una célula del hombre X o de un donante, el niño será un gemelo o duplicado del hombre X o del donante, cuyo núcleo celular activa el óvulo.

²⁸⁹ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 87

²⁹⁰ Este fenómeno de diplodación también puede ocurrir de manera natural y se le conoce como la ginogénesis, que tiene lugar en el caso raro de que *el espermatozoide active el óvulo pero no llegue a fundirse con su núcleo*. El desarrollo de la vida embrionaria puede entonces producirse si tiene lugar la diplodación, es decir, una serie haploide de veintitrés cromosomas con los genes que estos contienen se duplica para constituir la serie normal de cuarenta y seis.

²⁹¹ En la misma dirección; MARIS MARTÍNEZ: “Nuevas Cuestiones Penales”, ob cit, pág. 165 para quien el proceso de separación de blastómeros, “y que puede darse de manera espontánea, en el útero de la madre y generar gemelos”, no debe entenderse como manipulación genética (ingeniería genética strictu sensu) en tanto no produce modificación alguna del genoma.

Y ello debe sostenerse aún y cuando el desarrollo de las técnicas de clonación vayan acompañadas de acciones previas o paralelas que sustituyan - en tanto que ello implique modificar - una información genética preexistente, toda vez que si bien en esos supuestos estaremos entrando en el campo de la intervención en la herencia genética de un organismo que puede estar dirigida a modificar el genoma humano para lograr que se expresen determinadas características genéticas o fenotípicas, la manipulación proviene de comportamientos que son paralelos, ajenos o independientes a las técnicas en si mismas de clonación.

Dicho en otras palabras, a pesar de que la clonación mire o persiga como finalidad la reproducción o repetición de un mismo genotipo o de uno **previamente modificado**, debido a que ello no es la causa de su alteración sino tan solo de su repetición, no podríamos configurar o identificar a la clonación humana *como una técnica de manipulación genética del acervo hereditario de los seres humanos* ²⁹².

c) Partenogénesis.

Finalmente, y antes de dar paso al siguiente tópico, debe hacerse una breve mención de la partenogénesis.

Esta técnica consiste en la creación de un ser humano a partir de la estimulación de un óvulo por medios artificiales, de modo tal que se duplique su dotación cromosómica y sin que sea necesaria la introducción o participación del espermatozoide, o también a través de la fusión de dos óvulos, alcanzándose así como consecuencia a generar sólo descendencia femenina, que en todo caso será genéticamente idéntica a la mujer de quien provenga el óvulo estimulado, planteándose la posibilidad de que con ello se aprecie una lesión al derecho del futuro ser humano generado de ésta forma a ser producto tanto de una línea genética masculina cuanto femenina, y que en la doctrina especializada se ha precisado como el derecho a tener una dotación genética doble.

Esta conducta, que bien podría considerarse una hipótesis de clonación, se encuentra prohibida y sancionada sólo como una infracción administrativa grave en la

²⁹² En contra, SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C: *Ética y genética*, ob cit, pág. 109, para quienes ello si constituye una manipulación genética. No obstante, cuando la clonación implicase la transferencia de un segmento específico de ADN de un organismo viviente a otro, la anterior consideración respecto de la naturaleza de la clonación por transferencia tendría que matizarse. Sobre esto último; PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 38.

Ley 35/1988²⁹³, incluso apesar que su realización es por demás lejana a las posibilidades reales del desarrollo actual de la ciencia.

d) Asesoramiento genético.

La relación entre la investigación genética y la tecnología reproductora es claramente importante y simbiótica, pues uno de los usos primarios del asesoramiento genético es la toma de una decisión sobre la reproducción. Tan es así, que la misma LTRA²⁹⁴ admite que las técnicas de reproducción asistida puedan utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, siendo evidente que cuando hace referencia a la prevención está aludiendo a la posibilidad de llevar a cabo el diagnóstico genético (concretamente antenatal) respecto del hijo deseado o proyectado.

Por ello, se ha creado la creciente especialidad de la consultoría genética o también llamada medicina preventiva, a través de la cual la información genética de las personas y parejas que consideran tener un hijo es reunida y posteriormente comunicada a ellos para que puedan valorar, ante la eventual posibilidad de ser portadores de alguna anomalía genética, si deciden o no; tener un embarazo normal que podría transmitir a su descendencia dicha anomalía; realizar una intervención genética que pueda corregir o eliminar la anomalía genética en el gameto o incluso en el preembrión, buscando el embarazo a través de una fecundación in vitro previa la corrección genética de la deficiencia o anomalía o; simplemente abstenerse de tener hijos²⁹⁵.

Ahora bien, aunque es indudable que con el acceso a este tipo de información, altamente personal, la mayoría de la gente tendrá un gran interés por obtener un conocimiento genético que le permita conocer, *desde las entrañas de su ADN*, las posibilidades de transmisión y padecimientos de cualquier clase de enfermedad, y más aún de aquellas relacionadas e identificadas en sus propias familias e inclusive,

²⁹³ Artículo 20.2.B).m. Son infracciones muy graves: "La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina".

²⁹⁴ Artículo 1.3 LTRA.

²⁹⁵ Para BRODY B. EUGENE: *Biomedical Technology and Humans Rights*, pág. 90 y ss, un aspecto central en los derechos humanos es la libertad de escoger de los futuros parientes dentro de un contexto de asesoramiento y discusión, con individuos entrenados para ello, lo que consideran como la respuesta más deseable después de saber que son portadores de una enfermedad o defecto genético, o si el embrión o feto está dañado o potencialmente enfermo. La respuesta, dice BRODY, puede incluir la terminación del embarazo, la preparación para cargar con un hijo defectuoso o si hay posibilidades, la terapia del feto.

extendida a los miembros de su grupo racial, cultural y étnico, pues ciertamente la creciente información proveniente de los resultados que está arrojando el Proyecto Genoma Humano acerca de la vulnerabilidad de la enfermedad hereditaria y la posibilidad de evitarla, modificarla o erradicarla, haciendo que empiece a crecer la demanda de los ciudadanos, principalmente de los países industrializados, exigiendo métodos más accesibles para la obtención de la información del contenido genético y del proceso hereditario, no es menos cierto que la observación y obtención de esta nueva información de la que ahora podemos disponer, ha hecho surgir cuestionamientos importantes acerca de la privacidad personal del acceso de esta información a otras personas cuyo interés no esté relacionado directamente con la salud de la persona y cuyo conocimiento se traducirá en acciones restrictivas y excluyentes por parte de instituciones públicas y privadas²⁹⁶.

Efectivamente, las consecuencias acerca del uso de la información genética de la que podrán hacer uso las instituciones médicas, educacionales, sociales, compañías de seguros, industrias privadas, etc, desde luego que afectarán a los individuos en la medida en la que sea utilizada para establecer criterios de productividad, inteligencia, costo - beneficio, primas, riesgos, etc, que inclusive ya se presentan en varias ramas de la actividad industrial y comercial.

Un buen ejemplo lo constituye la industria automotriz en los Estados Unidos. Hay un estimado de que esa industria gasta el mismo dinero en seguridad social médica de sus empleados que en la producción de los automóviles. La elaboración del plano del genoma humano será de enorme utilidad para ésta industria pues les ayudará, dicen algunos, a seleccionar seres humanos con características genéticas determinadas que sean más resistentes al tipo de enfermedades especialmente localizadas en esta industria y con ello, la reducción del costo de sus operaciones.

En el caso de las compañías aseguradoras la situación es similar pues, como sabemos, toda persona antes de suscribir y contratar un seguro de vida o de gastos médicos es requerida para que realice un reconocimiento y un informe médico para que las primas se ajusten al estado de salud potencial del asegurado. En los casos en que el examen médico revela un estado no muy favorable de salud, las compañías aseguradoras pueden rechazar la suscripción del contrato y consecuentemente la asunción de sus correspondientes obligaciones dejando a la persona sin una cobertura total en caso de un futuro padecimiento físico o bien, en el mejor de los casos, la póliza de seguro será de cobertura parcial y no comprenderá ni abarcará aquella enfermedad que previamente se haya manifestado en la persona solicitante.

²⁹⁶ Así por ejemplo, BILLINGS, P: "Discrimination as a Consequence of a Genetic Testing", American Journal of Human Genetics, N° 50, 1992, pág. 638, afirma haber probado como ya hoy día en los EUA existe una mayor discriminación a causa de la realización de pruebas de carácter genético.

Ahora bien si hoy día con un simple reconocimiento médico ésta es la situación, sólo tenemos que hacer un esfuerzo mínimo para prever lo que los marcadores genéticos, que constituyen un gran espejo de posibilidades sobre el pronóstico del estado de salud hacia el futuro de un individuo, ocasionarán en este ámbito²⁹⁷.

Pongamos un ejemplo. Si el examen genético revela que una persona tiene probabilidades de ser presa del Síndrome de Alzheimer cuando llegue a una edad avanzada, ¿podrán las compañías de seguros, con la información genética adquirida incrementar el costo de la prima de esta persona aún joven y no enferma, o quizá, simplemente negarse a suscribir o ha aceptar la propuesta de seguro, negando la póliza al solicitante o bien excluir de la cobertura una enfermedad que ni siquiera se ha manifestado ni se manifestará en muchos años más o que inclusive ni siquiera se desarrollará durante el curso de la vida del individuo?.

Esas nuevas situaciones motivaron, frente al vacío normativo, que en el contexto europeo se fueran gestando con los años diferentes textos, documentos y declaraciones que apuntaban hacia la necesaria regulación de estas actividades y que finalmente dieron origen a criterios más claros que quedaron posteriormente plasmados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y de ahí, en muchas legislaciones de todo el mundo.

Entre los Documentos previos a ésta declaración podemos citar la Resolución del Parlamento Europeo del 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, puntos 13, 14 y 15 del epígrafe dedicado al análisis del genoma de los trabajadores, y en el cual se estableció el principio (13) de que la selección de trabajadores propensos a determinados riesgos no puede constituir en ningún caso una alternativa a la mejora del ambiente en el lugar de trabajo; (14) exigió que se prohíba jurídicamente la selección de los trabajadores según criterios genéticos, y; (15) pidió que se prohiban las investigaciones genéticas previas a la contratación de los trabajadores, exceptuando el caso en que la investigación genética se realice por la voluntad y decisión libre del trabajador para conocer el estado de salud

²⁹⁷ Es evidente que el cúmulo de consecuencias que de situaciones como estas surgirán son inimaginables e inabarcables en este estudio. No obstante, si el lector está interesado puede consultar con amplio detalle, sobre las consecuencias del uso de la información genética en el área laboral, en compañías aseguradoras o en el ámbito familiar, entre otros muchos; MOBILIA BOUMIL, MARCIA; *Law, Ethics and Reproductive Choice, Looking Ahead, Genetic Engineering*, 1993; MORELLI, THERESA; "Genetic Testing Will Lead To Discrimination, Protecting the Essence Of Being, Humans Rights", Winter 1993, Reprinted by the American Bar Association; HAYES V, CATHERINE; "Genetic Testing for Huntington's Disease, A Family Issue", The New England Journal Of Medicine, Vol 327, Nº 20, November 12, 1992; MOTULZKY, A: "Impact of genetic manipulation on society and medicine", Revista Science Nº 219, 1983, pág. 135 - 140.

actual y los posibles riesgos derivados de las condiciones de un lugar determinado de trabajo; en el epígrafe dedicado a las cuestiones relacionadas con el análisis del genoma para seguros, en el cual (punto 19) se hizo constar que las compañías de seguros no tienen ningún derecho a exigir que se realicen análisis genéticos antes o después de la firma de un contrato de seguro, ni a que se comuniquen los resultados de los análisis genéticos ya realizados por tanto que estos no pueden convertirse en condición previa para la firma de un contrato de seguro²⁹⁸.

En otros términos, ante los previsibles riesgos que representa para toda la humanidad el uso inadecuado de la información genética, que puede afectar tanto a la intimidad como a la libertad de la persona, se dio paso finalmente a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO el día 11 de noviembre de 1997²⁹⁹, en la que se estableció a través de su articulado el principio a la autonomía del individuo que exige el consentimiento de la persona interesada en la práctica de un examen genético y el Derecho a conocer o no el resultado de los exámenes (art 5º); la prohibición de cualquier clase de discriminación basada en las características genéticas (art 6º); y la confidencialidad de los resultados obtenidos (art 7º), entre muchos otros.

Así mismo, el Consejo de Europa fijó, a través de diversas recomendaciones como a través del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, sendas disposiciones protectoras de la libertad, intimidad y salud de los seres humanos, precisando por medio de ellas, en términos generales, que los pacientes requieren además de otorgar su consentimiento, a ser informados de manera clara y completa sobre:

- el propósito de la prueba.

²⁹⁸ Dichas directrices fueron nuevamente reiteradas a través del principio 7º de la Recomendación Nº 3 sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios de 1992; "Las compañías aseguradoras no deberán tener derecho a exigir la realización de pruebas genéticas o pedir información sobre los resultados de pruebas realizadas anteriormente como condición previa para la celebración o modificación de un contrato o seguro". También en el plano local, se pudo observar esa misma tendencia en el Dictamen del 30 de octubre de 1995 emitido por el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud de Francia, titulado "sobre genética y medicina; de la predicción a la prevención", punto Nº 4, en el cual se reiteró la voluntad de prohibir la utilización de los resultados de los exámenes genéticos con fines distintos a los médicos, específicamente en el campo de los seguros, y se pronunció también por permitir ello excepcionalmente en el ámbito laboral en los casos en los que el riesgo para el trabajador este suficientemente acreditado y no pueda ser eliminado a través de medidas de adecuación del entorno laboral.

²⁹⁹ Y hecha suya además por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de Diciembre de 1998.

- el riesgo de la prueba misma.
- el riesgo de que el resultado de la prueba sea incorrecto o que produzca el resultado de alguna otra enfermedad o información genética no buscada.
- las implicaciones de un resultado positivo.
- la naturaleza o condición de la enfermedad que se intenta detectar con la prueba.
- las opciones disponibles para reducir las consecuencias o riesgos de la enfermedad en el caso de que el resultado de la prueba resulte positivo y,
- las alternativas si el individuo decide no hacer la prueba médica.

Por otro lado, estableció a través del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, Capítulo cuarto, "Genoma humano"; el derecho a la información o a la no información respecto del estado de salud obtenida mediante el análisis genético; la prohibición de cualquier forma de discriminación de una persona por motivo de su patrimonio genético (art11); la prohibición de realizar análisis genéticos predictivos, sobre posibles enfermedades genéticas o para conocer la posible posibilidad de que una persona sea portadora o susceptible de desarrollarla, salvo que tenga un fin médico o de investigación médica (art12), entre otros.

Así, las razones por las cuales se hizo necesario regular el uso y destino de la información genética son más que evidentes, pues el acceso a esa información "dará a conocer aspectos muy importantes de la persona a la que se refieran, afectando de manera muy directa a su esfera íntima. Su difusión constituirá un grave peligro, en primer lugar por el riesgo de convertir al ser humano en ciudadano transparente o de cristal; además por la susceptibilidad de propiciar discriminaciones de cualquier tipo, de carácter personal o familiar³⁰⁰, laboral, para concretar seguros de vida o de jubilación, para obtener determinados permisos o autorizaciones oficiales.....correspondiéndole a él la decisión de a quién se revela, cuándo y con qué extensión, por lo que debe quedar vedada la transmisión a terceros de la información obtenida mediante el análisis

³⁰⁰ Sobre el particular conflicto que la información obtenida de la realización de pruebas genéticas podría plantear en el ámbito familiar entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad del individuo; CAPRON, A.M: "Wich ill to bear? Revaluating the threat of Modern Genetics", Beauchamp, t.I & Wlaters, L, Contemporary Issues in Bioethics, Kennedy Institute of Ethics and Departament of Philosophy, Georgetown University, California, 1994, pág. 630 y ss. Véase también el Principio N° 11 de la citada Recomendación N°3 (1992) por medio de la cual se sugería ya que de conformidad con las legislaciones nacionales, los descubrimientos inesperados se comuniquen a la persona objeto de la prueba únicamente si tienen una importancia clínica directa para la persona o la familia, proponiendo igualmente que, siendo ese el caso, se prevea en la legislación nacional la permisibilidad de comunicar el hallazgo inesperado en caso de que la persona objeto de la prueba se niegue a informar a la familia, aún y cuando sus vidas estén corriendo peligro.

genómico sin el expreso consentimiento del interesado o de sus representantes legales, incluso cuando ese tercero es un familiar del afectado.. ”³⁰¹.

Haciendo una recapitulación de lo anterior, el profesor ROMEO CASABONA contempla en cuatro grandes grupos las consecuencias de la *adquisición* de información genética, distinguiendo a su vez las “otras” consecuencias que surgen de la *aplicación* de la información genética adquirida:

Como consecuencias de la adquisición de la información genética, señala la vulneración de la intimidad del individuo si no existe un instrumento eficaz que proteja la confidencialidad de la información obtenida³⁰²; la creación de huellas genéticas para el mayor control y eficiencia sobre la investigación de la paternidad así como de la autoría de un delito; la repercusión de la información genética sobre las relaciones laborales así como en la concertación de seguros u obtención de autorizaciones administrativas y; las relacionadas con la eugenesia y la reproducción humana, incluyendo en éste cuarto cuadro la información proveniente de los diagnósticos prenatales (sentido amplio), ya sean preconceptivos o preimplantatorios, siendo de estos últimos de los que nos ocuparemos dada su estrecha relación con el tema que constituye nuestro objeto de estudio³⁰³.

El asesoramiento genético puede entonces realizarse: en los futuros progenitores antes de la fecundación o embarazo (diagnóstico preconceptivo); en el embrión después de la fecundación pero antes de la implantación en el útero de la madre (preimplantatorio) o, en el feto a partir de la implantación en el útero materno (prenatal).

De esta manera, si la finalidad del diagnóstico preimplantatorio es, como veremos, determinar y en su caso corregir o eliminar los defectos congénitos del preembrión que lógicamente ha adquirido de sus progenitores, resulta consecuente plantearse la posibilidad de no tener que esperar hasta el momento en que el embarazo

³⁰¹ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones Jurídicas”, en *Cuestiones Éticas Relacionadas con la Biotecnología*, Publicación de las ponencias del VIII Seminario Interdisciplinar de la Cátedra de Bioética, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Editorial Gráficas Ortega, 1993, pág. 169-170.

³⁰² En la legislación Española, el derecho a la confidencialidad de la información médica, y por ello genética, se regula y reconoce en el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad que dispone expresamente el derecho a que toda información relacionada con su proceso y su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público será confidencial.

³⁰³ Nosotros hemos decidido prescindir de la anterior clasificación que requiere hacer una distinción entre la diagnosis prenatal en sentido estricto y amplio, pues consideramos que con una ligera modificación esto último puede evitarse y comprenderse mejor.

se verifique para investigar la posible presencia de alguna deficiencia o defecto genético transmisible que pueda ser inclusive curable³⁰⁴, pues al ser posible descubrir tempranamente la presencia de genes y cromosomas alterados, responsables de muchas enfermedades genéticas, la posibilidad de prever matrimonios o embarazos genéticamente indeseables se ha ampliado³⁰⁵, dando lugar al auge del desarrollo no sólo de técnicas de diagnóstico genético prenatal sino preconceptivas y que permiten en la actualidad determinar, en la gran mayoría de los casos, los defectos genéticos de las personas o bien los defectos congénitos del preembrión, embrión y del feto.

En síntesis, cada uno de los tres tipos de diagnóstico genético consisten en lo siguiente:

d.1) *Diagnosis Preconceptivo*: Esta se refiere a la evaluación a la que son sometidos los futuros padres **antes de la fecundación** para saber y conocer si son o no portadores de algún defecto genético y para que, en su caso, conozcan las posibilidades de concebir un hijo con malformaciones genéticas³⁰⁶. Obviamente la utilidad y trascendencia de conocer las verdaderas posibilidades de transmitir una enfermedad genética que ocasione serios trastornos al futuro bebé es muy clara, pues la pareja podrá decidir no tener hijos o en caso de ser posible, someterse a técnicas de terapia génica en los gametos para posteriormente realizar una fecundación asistida por medio de las técnicas de reproducción de la que ya nos hemos ocupado en líneas anteriores.

d.2) *Diagnosis Preimplantatorio*. Si el resultado del examen preconceptivo arroja resultados que permiten suponer que la pareja tiene posibilidades de transmitir defectos genéticos al futuro ser humano, y si la decisión de estos ha sido tener un hijo, la manera de hacerlo podría ser a través de una fecundación in vitro con transferencia de embrión. De esta manera, dada la posibilidad de un defecto

³⁰⁴ Esta posibilidad de que el análisis genético constituye una forma de prevenir la transmisión de taras o defectos genéticos ha sido visto por algunos como una forma muy sutil pero peligrosa de eugenesia preventiva.

³⁰⁵ Algunos autores sostienen que para prevenir los riesgos de transmisión de taras genéticas, las parejas que sepan ser portadoras de alguno ó algunos de "esos" defectos genéticos incurables deben abstenerse (prohibírseles) de casarse y de tener relaciones sexuales sometiéndoseles a la esterilización. O lo que es lo mismo, según esta aproximación, la sociedad debe imponerse frente a los individuos y debe obligarles a prevenir la propagación de defectos genéticos al género de la raza humana mediante la prohibición del matrimonio o la esterilización forzada, postura que parece francamente violatoria de los más elementales derechos humanos.

³⁰⁶ A lo que nosotros llamamos *diagnosis preconceptiva*, BENÍTEZ ORTUZAR denomina *diagnosis prenatal* en sentido amplio, "entendiéndola como unida a la cuestión de la eugenesia adelantándolo al momento anterior a la fecundación del óvulo mediante el estudio de las posibles taras genéticas que los progenitores pueden transmitir a su descendencia".

genético revelada en el diagnóstico preconcepcivo y a pesar de haberse previamente seleccionado los gametos de la pareja, una vez realizada la fecundación in vitro se llevará al cabo, antes de transferir el preembrión al útero materno, una segunda revisión o diagnóstico del preembrión a efecto de corroborar que efectivamente la anormalidad detectada en los progenitores no se hubiese transmitido. Este se lleva acabo mediante la aspiración de una de las células totipotentes del preembrión y, mediante el análisis de la misma, se obtiene el diagnóstico acerca de su estado de salud o de viabilidad. Ahora bien, teóricamente, si el resultado de la prueba arroja un diagnóstico negativo se podrá optar, de ser posible, por la práctica de una intervención de terapia génica en el preembrión que permita reparar los genes que estén ocasionándole los trastornos genéticos, o simplemente la no transferencia del embrión al útero de la mujer³⁰⁷.

d.3) *Diagnosis Prenatal:* Una vez que el embrión se encuentra o ha sido transferido al útero de la madre, se realiza un “estudio o análisis de las características anatómicas, funcionales y patológicas que existen o se presentan antes del parto para determinar el estado de salud o de enfermedad del embrión o feto”³⁰⁸.

Los procedimientos de diagnóstico prenatal mas conocidos son los que citaremos brevemente a continuación³⁰⁹:

d.3.1) *Amniocentesis:* Consiste en la extracción y examen del liquido amniótico tomado de la matriz de la madre entre las doce y quince semanas del último periodo menstrual. Es considerada como una técnica que presenta pocos peligros para la madre y para el feto, y como muy valiosa ya que permite detectar con precisión los desórdenes genéticos del feto.

d.3.2) *Biopsia de Corion.* Consiste en la obtención de material coriónico por vía transcervical o transabdominal con el propósito de efectuar un estudio cromosómico o bioquímico. Se practica en la 8ª semana del embarazo. Es considerado como peligroso pues existen posibilidades de aborto como consecuencia de la extracción del material coriónico, riesgo de malformaciones fetales derivadas de las aberraciones cromosómicas celulares producidas por la biopsia.

³⁰⁷ En forma expresa, el artículo 12.1, permite este tipo de diagnóstico siempre y cuando se realice para conocer la viabilidad del embrión o para detectar la enfermedad hereditaria, ya sea para tratarla o bien para no aconsejar la transferencia al útero de la mujer.

³⁰⁸ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 60.

³⁰⁹ Tomado de SARMIENTO AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C: *Ética y Genética*, ob cit, pág. 64 - 66.

d.3.3) Fetoscopia. Técnica que, a través de la introducción de un instrumento de fibra óptica en el interior de la cavidad amniótica permite la visualización directa del feto y de la placenta, con el objeto de estudiar la morfología del feto y conseguir muestras de sangre u otros tejidos fetales. Sus mayores peligros son el riesgo de muerte fetal y la producción de partos inmaduros.

d.3.4) Funiculocentesis. Consiste en la obtención de muestras hemáticas a nivel del cordón umbilical, mediante una aguja guiada por ultrasonidos. El único riesgo que esta técnica presenta es una ligera **bradicardia** en un 10% de los casos y la necesidad de repetirla en un 50%.

d.3.5) Ecografía. Técnica que constituye sin lugar a la duda uno de los elementos fundamentales del diagnóstico prenatal pues es capaz de detectar hasta un 95% de las malformaciones mayores que pueden presentarse en el feto. En principio no tiene efectos perjudiciales para la salud de la madre o del feto, salvo que se rebasen los límites marcados que aconsejan no someter a la mujer a más de tres controles ecográficos durante la gestación.

d. 4) Consideraciones en torno al asesoramiento genético.

Estos tipos de diagnósticos tienen la capacidad de determinar las alteraciones congénitas que pueden presentarse en el patrimonio genético fetal y embrionario, siendo las más frecuentes las relacionadas con alteraciones cromosómicas, defectos en el tubo neural, defectos congénitos estructurales tales como malformaciones o deformaciones, algunos errores congénitos del metabolismo, hemoglobinopatías y enfermedades recesivas ligadas al sexo.

De esta forma, con la utilización de los marcadores genéticos, las posibilidades de evitar nacimientos de criaturas afectadas por alguna enfermedad son mucho mayores y una de las consecuencias que resulta ya impresionante en el campo de la diagnosis prenatal, e incluso preanidatoria, en relación con la fecundación in vitro (FIV) es la posibilidad de separar una única célula de un embrión preimplantatorio, estudiarla y seleccionar su sexo para evitar el nacimiento de un niño afectado por una enfermedad ligada al cromosoma X, tales como la hemofilia o la distrofia muscular de Duchenne que afecta sólo a los varones³¹⁰.

De cualquier manera, y sin perjuicio de la evidente utilidad y beneficio del diagnóstico prenatal y preimplantatorio y de su incuestionable finalidad preventivo -

³¹⁰ WERTZ, D. C., Y FLETCHER, J. C: *Fatal Knowledge? Prenatal Diagnosis and Sex Selection*, Hastings Center Report, 19 (1989), N° 3, pág. 21.

curativa, noble e inclusive, en un primer momento, justificable, no deben dejar de mencionarse las otras consecuencias que ya se presentan cuando esa observación genética detecta una enfermedad ya existente o con posibilidades de desarrollo para las que no exista cura alguna.

Pongamos un ejemplo: la amniocentesis es capaz de detectar enfermedades en el feto, por citar alguna, como la incompatibilidad de grupos sanguíneos, enfermedad para la cual existe una terapia disponible y que sin duda tendrá que ser implementada en aras de salvar y mejorar la condición futura del feto. En este caso, nadie puede dudar que el diagnóstico prenatal resulta del todo útil.

Por otro lado, la amniocentesis puede detectar también la presencia de enfermedades como el Tay-Sachs, que es una dolencia que afecta principalmente a judíos que viven o han vivido en Europa central así como en Europa del Este, y son portadores de ésta enfermedad (gen recesivo) una de cada treinta personas, o la talasemia o síndromes talasémicos, enfermedad localizada en la población chipriota y que constituye un grupo de enfermedades heterogéneas que incluyen todos aquellos trastornos caracterizados por disfunciones o ausencias de las síntesis de una o varias cadenas globínicas y ciertas hemoglobinopatías estructurales originadas por un defecto de la recombinación genética durante la meiosis así como la llamada persistencia hereditaria de la hemoglobina fetal³¹¹.

Si dos personas portadoras de la enfermedad Tay-Sachs se casan, uno de cada cuatro **posiblemente** sufrirá de la enfermedad, hasta ahora incurable, y morirá en el transcurso del primer año de vida. Dentro de la población chipriota, un 17% de ellos eran portadores de estos genes talasémicos, con los consecuentes padecimientos y dolencias que ello acarrea.

Ya que ninguna ventaja terapéutica se obtendría en este caso para el feto mismo como consecuencia del uso de la amniocentesis, ¿cuál es entonces el uso que debe darse al resultado de la prueba?

En otras palabras, si el conocimiento de la información genética pudiese decidir siempre, de manera preventiva, las actividades procreadoras o reproductoras de la pareja, indudable resulta su permisibilidad e inclusive podría sugerirse su obligatoriedad³¹². Dado que no siempre será así, el uso del diagnóstico genético dejará

³¹¹ Para una descripción detallada sobre esta enfermedad véase; CASADO, MARÍA: "El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de la salud pública y salvaguarda de la dignidad humana", Revista de Derecho y Genoma Humano N° 4, 1996, pág. 33-36.

³¹² En un amplio programa preventivo, en las comunidades judías "ashquenazitas" (Judíos que han habitado por largas generaciones en Europa del Este) en donde el riesgo se considera latente, se

de tener una función *preventiva* para pasar a ser *correctiva o selectiva*, lo que necesariamente implicará una larga escalada de abortos³¹³ de aquellos fetos cuyos diagnósticos revelen, ya no digamos la presencia de una enfermedad, sino tan sólo la posibilidad de su futuro desarrollo³¹⁴, de destrucción de embriones enfermos no anidados, o inclusive más adelante, (eso se teme) la destrucción o aborto de aquellos embriones o fetos en quienes no se reúnan una serie de características deseadas (eugenesia).

Nuevamente es de enorme trascendencia destacar, según observamos, que definir la posición respecto del momento en que comienza la vida humana y su protección traerá consecuencias y conclusiones encontradas. Por ello, si estimamos que antes de un cierto periodo no hay vida humana protegida, como derecho o como bien jurídico constitucionalmente protegido, evidentemente que la utilidad del diagnóstico genético preimplantatorio es incuestionable e inobjetable jurídicamente. Así, no transferir al útero al preembrión enfermo, lo que implicará destruirlo, jurídicamente no presentaría conflicto jurídico alguno que tuviera que ser ponderado³¹⁵.

Obviamente, si la posición es la contraria y al embrión no anidado se le considera una vida humana digna de protección, ello significa que el legislador tuvo que acudir a la ponderación de intereses jurídicos opuestos para legitimar jurídicamente,

exige a toda pareja antes de casarse que se sometan al examen genético correspondiente. En caso de que los resultados fuesen positivos, se persuade a la pareja y en prácticamente todos los casos, el matrimonio no se lleva a cabo. En sentido similar, después de un amplio programa de prevención, la Iglesia Chipriota introdujo el certificado prenupcial para aquellas parejas que deseaban contraer matrimonio, disuadiendo a aquellas parejas heterocigóticas para que no celebrasen el matrimonio, a fin de evitar posteriores diagnósticos prenatales seguidos de aborto.

³¹³ Considerado "aborto eugenésico" por la legislación en España y consecuentemente lícito o atípico. Por ende, bien podría decirse que no sólo se practica sino se acepta la eugenesia negativa al seleccionarse indirectamente a los futuros individuos de la especie humana con características y rasgos genéticos que se consideran favorables con el fin de que sean estos y no otros los que se reproduzcan.

³¹⁴ Y más aún, la consecuencia lógica de esto podría dar lugar a que en un futuro no muy lejano algunos Estados del orbe condicionen a la mujer que desee realizar un diagnóstico prenatal a que, en caso de que los resultados sean positivos, se obligue a practicar el aborto. Cfr; ROBERTSON, A JOHN: "La utilización de la información genética en decisiones sobre reproducción humana", ob cit, pág. 273 y ss.

³¹⁵ E inclusive se podría suponer todo lo contrario, pues en el Ordenamiento español se considera como una infracción muy grave, la transferencia al útero de gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad. No obstante, según veremos, afirmamos que se podría suponer pues si bien es cierto que la ley sanciona (art 20.1 de la LTRA) dicha conducta, no es menos cierto que **un preembrión enfermo no necesariamente será inviable**, salvo que, de lege ferenda, extendamos también la enfermedad al concepto "amplio" de viabilidad.

tanto al diagnóstico en sí mismo³¹⁶ cuanto a su consecuencia traducida en la destrucción de una vida humana, esto es, el embrión aún no anidado a quien se haya decidido no transferir.

Volvemos a reiterar; indudablemente, junto a los innegables beneficios y ventajas que presenta el desarrollo y el progreso de las Ciencias Biomédicas, esto nos enfrenta con nuevos retos e intereses sociales y jurídicos encontrados que deben ser ponderados, pues no se puede ignorar que se ha abierto una gama inmensa de beneficios para el preembrión, embrión o feto gracias al diagnóstico prenatal y al subsiguiente tratamiento del concebido, pero que el cada vez más fácil acceso a él entraña mayores riesgos para su vida y su integridad³¹⁷.

En el plano jurídico, sin profundizar aún en él, valga destacar que el legislador ha pretendido en principio buscar el equilibrio, ponderando riesgos y beneficios, admitiendo la licitud del diagnóstico prenatal según se observa en la Ley 35/1988 LTRA, artículo 12.2, el cual establece que “toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo³¹⁸ o si está amparada legalmente”.

También, el ya citado artículo 8.2.a, de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, permite la utilización de tecnología genética para el diagnóstico prenatal.

e) Manipulación genética.

e.1) Terapia genética.

³¹⁶ Ello debido a que en la actualidad la práctica de un diagnóstico genético preimplantatorio trae casi siempre aparejada la lesión del embrión totipotente y, consecuentemente, su no transferencia al útero materno.

³¹⁷ La actitud de mayor respeto hacia el embrión implica, como lo destaca Herranz, citado por APARISI MIRALLES, ANGELA: *El proyecto genoma humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*, ob cit pág. 97, no discriminarlo a causa de su enfermedad recurriendo a su muerte sistemática, sino tratarlo como lo que es, un ser humano enfermo, al que cabría aplicar el remedio terapéutico en las mismas condiciones en la que se trataría a un hombre adulto, lo que obliga a ponderar los riesgos y beneficios de la terapia génica.

³¹⁸ Por ello, para ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, en; “La protección jurídica del concebido. El feto como paciente”, *Revista Jurídica Castilla la Mancha*, Nº 7, 1989, pág. 439, no hay inconveniente en calificar el diagnóstico prenatal, al igual que otro procedimiento diagnóstico, como medida terapéutica desde el momento en que va encaminado al tratamiento del feto. De esa misma opinión ESER, ALBIN: “Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán”, ob cit pág. 351.

e.1.1) Descripción y tipos de terapias.

Según observamos, el desarrollo de la técnica del ADN recombinante ha abierto la posibilidad de corregir las alteraciones genéticas que provocan las enfermedades hereditarias causadas precisamente por la mutación o defecto desde un sólo gen o cromosoma.

La terapia del gen se refiere a la inserción o modificación de material genético dentro de una célula para corregir un defecto³¹⁹, y está basada en la asunción de que la enfermedad genética debe ser tratada alterando el gen mutante en lugar de concentrar la terapia en los efectos o consecuencias que produce. LACADENA la entiende como la administración deliberada de material genético en un paciente humano con intención de corregir un defecto genético³²⁰. Por lo tanto, el esfuerzo de la terapia genética esta pensado y dirigido ha tratar y eliminar las anomalías que provocan enfermedades, sustituyendo o alterando un gen anómalo por un nuevo gen, normal y funcional, que se hará cargo de la función del anterior gen, pudiendo ser estos defectos genéticos de diversa índole: hereditarios, cuando son transmitidos por lo genes de los padres; no hereditarios, cuando las anomalías se producen por errores imprevistos en la formación de las células sexuales, y; congénitos, cuando ocurren en el desarrollo embrionario por diversas mutaciones.

Siguiendo la clasificación que realiza NICHOLS, las anomalías genéticas pueden ser clasificadas en: *Multifactoriales*; entendida como la anomalía genética que resulta de complejas interacciones entre uno o más genes y el medio ambiente (anencefalia, esquizofrenia, tensión arterial alta, diabetes juvenil, etc.). *Cromosómicas*; caracterizadas por el aumento o disminución del material cromosómico en la célula o de un anormal emparejamiento de las células (síndrome de Down) o, *Monogénicas*; en las que el defecto genético está confinado a un sólo gen y cuyos casos son los que con más facilidad pueden tratarse por medio de la terapia genética (distrofia muscular).

Así, la terapia genética se distingue, según su campo de acción, en *terapia genética en células somáticas*, en la que se sustituyen genes defectuosos en células de un tejido o de un órgano y, por lo tanto, sus efectos se circunscriben a la persona tratada ya que dichas células no van a transmitir las modificaciones que se hayan realizado en virtud de que no desarrollan ninguna función en los procesos

³¹⁹ Los tipos de terapia que, teóricamente, podrían realizarse, son: la inserción génica, cuando se introduce en la célula una versión nueva del gen; modificación génica, cuando se induzcan cambios en el gen (mutación dirigida) y; cirugía génica, cuando se trata de quitar el gen anómalo para reemplazarlo por el gen normal. Ver; LACADENA CALERO: "Manipulación Genética de la Especie Humana", ob cit, pág. 29

³²⁰ Ibídem, pág. 29.

reproductores, es decir no conlleva a cambios en la herencia genética y, *terapia genética en células de la línea germinal*, en la que también se realiza una sustitución de genes pero con la diferencia de que estas células, "por su función peculiar en el organismo, transmiten la nueva información genética a la progenie"³²¹ al alterar y modificar los componentes genéticos de la persona, lo que conlleva, a diferencia de la terapia somática, a cambios en la herencia genética³²².

e.1.2) Terapia genética en células de la línea somática o diferenciadas.

El procedimiento conocido como terapia genética somática o tratamiento somático consiste en insertar o modificar, dentro de un órgano ordinario o en la célula de un tejido de una persona, un gen funcional que sustituya al gen defectuoso. En teoría, la sustitución e introducción de los genes defectuosos se realiza una vez que las copias del gen normal ha sido aislado y clonado, para ser insertados dentro de las células del paciente localizadas en un órgano o en un tejido, esperando que estos produzcan las proteínas que puedan corregir la enzima o el defecto bioquímico.

Ahora bien, "antes de introducir genes terapéuticos en pacientes se debía probar que es posible transferir genes (neutros) a los seres humanos, que esa transferencia se puede realizar sin efectos secundarios nocivos y que los genes transferidos se manifiesten estables en el nuevo huésped"³²³.

Así, durante el periodo de investigación y desarrollo de las primeras transferencias génicas, entre los inconvenientes que se han ido presentando y muy lentamente resuelto en la aplicación de la terapia genética somática, destacan esencialmente los relacionados con la falta de control sobre el material genético transferido ante las posibilidades de que se produzcan alteraciones funcionales como consecuencia de la no integración fisiológica del gen transferido en el proceso de

³²¹ SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C: *Ética y genética*, ob cit, pág. 92.

³²² Es precisamente esta posibilidad de realizar cambios en la herencia genética humana lo que, a juicio de MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA, en: "La libertad de investigación en genética humana y sus límites" *Revista General de Derecho*, Nº 5231, año 1988, pág. 2500, conduce a diferenciar entre la regulación que debe haber entre la manipulación de células somáticas para corregir deficiencias o curar enfermedades y la manipulación de células germinales que plantean problemas no sólo para el ser humano sino para la descendencia. Ver también; ANDERSON, W.F: "Terapia Génica", en; *Investigación y Ciencia*, Nº 230, noviembre 1995, pág. 60 y ss, quien destaca la terapia genética en cualquier línea aunque poniendo el acento en las somáticas por tanto que en el momento actual del desarrollo científico tendrían una mayor probabilidad de éxito.

³²³ ARCHER, LUIS: "Terapia Génica Humana", Cuestiones Éticas Relacionadas con la Biotecnología, Publicación de las ponencias del VIII Seminario Interdisciplinar de la Cátedra de Bioética, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Editorial Gráficas Ortega, 1993, pág. 125. También; LACADENA CALERO: *Manipulación Genética en la Especie Humana*, ob cit, pág. 32.

regulación celular. Es decir, hasta en tanto no fue posible transferir con seguridad genes que se mantengan activos en el nuevo huésped y que no causaran efectos secundarios, no se inició realmente, aunque aún de manera muy incipiente³²⁴, la terapia génica en seres humanos³²⁵.

Sobre éste particular, en fechas muy recientes se ha hecho público la creación de un "chip de silicio y células humanas" con la finalidad de que pueda vigilarse el proceso de inserción de los genes. Es decir, el chip, que alberga una célula en tres capas de silicio, se pretende utilizar para llevar a cabo un proceso de microelectroporación, proceso que se realiza a través de una corriente eléctrica capaz de abrir los poros de las membranas que envuelven a las células, permitiendo así que el gen pueda ser introducido³²⁶.

e.1.3) Terapia génica en células de la línea germinal y/o no diferenciadas.

El objetivo terapéutico de las intervenciones en células de la línea germinal consiste en liberar a los futuros descendientes de personas que sufren dolencias hereditarias de las modificaciones genéticas que han provocado dichos padecimientos. "Se pueden realizar tres tipos distintos de intervenciones: la primera se producirá en gametos femeninos o masculinos, en sus células precursoras (oogonias y espermatozogonias) o en los órganos reproductores (ovarios y testículos); en la segunda en el óvulo fecundado (cigoto), y el tercero en células de la etapa embrionaria.....es decir, se dirige directamente a cambiar los genes, no sólo al aspecto somático sino a la eliminación de las causas que provocan las enfermedades, en lugar de tratar las causas como lo hace la medicina actual"³²⁷.

En todas ellas la finalidad terapéutica perseguida es la reparación de los genes con miras a evitar los defectos y anomalías en el organismo humano, pero a partir de la modificación en la información hereditaria, consistiendo en esto precisamente el primer y más importante problema ético jurídico de la intervención o terapia génica sobre las células de la línea germinal o totipotentes que afectan no sólo a las personas que se

³²⁴ Recientemente apareció publicado en la revista *Nature genetics* una nota acerca de un ensayo clínico exitoso de terapia génica efectuado sobre tres personas que padecen de hemofilia. La inserción del gen curativo en las células del paciente se llevó a cabo a través de un vector, que en ese caso consistió en un virus adenosido, es decir, de un microbio que infecta a los seres humanos sin causarles enfermedad alguna.

³²⁵ Para ver con amplitud sobre las terapias genéticas que actualmente son en teoría posible practicar, consultar ARCHER LUIS: "Terapia Génica Humana" ob cit, pág. 126 y ss.

³²⁶ Véase la nota periodística de fecha domingo 27 de febrero de 2000 del periódico El país, página 40.

³²⁷ SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C: *Ética y genética*, ob cit, pág. 96.

someten al tratamiento sino también a su descendencia, dado que el ámbito de actuación son precisamente células que, al encontrarse aún en proceso embrionario son totipotentes, o lo que es igual, no han alcanzado una fase de desarrollo celular diferenciado³²⁸.

En efecto, la terapia genética sobre células no diferenciadas - células de la línea germinal, preembrional o no diferenciadas - plantea otro tipo de problemas, más graves, de carácter ético y jurídico y que pretenderemos abordar más adelante, "pues, si bien seguramente contribuirá en el futuro a erradicar defectos génicos en las estirpes sometidas a esta terapia, también tendrá efectos de modificación definitiva del componente genético intervenido y de transmisión a las generaciones sucesivas, cuya trascendencia para la especie humana no se conoce todavía con precisión ni es posible por ello controlar sus potenciales efectos negativos"³²⁹.

e.2) La selección genética o eugenesia.

Esta conducta se entiende como la elección de determinadas características, rasgos o tendencias que pueden imponerse en un preembrión, embrión o feto, siendo posible realizarla a través de dos formas diferentes, a saber; una positiva y otra negativa, consistiendo la primera en el "apareamiento óptimo de individuos con tendencias superiores, o mediante la utilización de gametos de donantes con características superiores o de preembriones con genotipos superiores, en las técnicas de reproducción asistida.... Y la denominada eugenesia negativa, consistente en evitar la transmisión de los genes defectuosos mediante la utilización del consejo genético en apareamientos naturales o la no utilización de gametos de donantes con tendencias inferiores"³³⁰, que puede también ser realizada por medio de la determinación inducida

³²⁸ Para más detalles, ver; HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: "Los Problemas Jurídico Penales de la Terapia Genética en la vía Somática y en la vía Germinal", en; Revista de Derecho Penal y Criminología, 3 - 1993, pág., 260 - 261.

³²⁹ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994, pág. 367. Por la misma razón, (riesgo y falta de control) una de las conclusiones del primer y segundo Seminario sobre la cooperación internacional para el proyecto genoma humano, "Declaración de Valencia", expresamente estipuló (punto 8º de la segunda declaración) que por un lado la terapia génica de células somáticas podrá utilizarse para el tratamiento de determinadas enfermedades humanas, mientras que la terapia génica de estirpes de células germinales tropieza con obstáculos técnicos y no consigue un consenso ético, desaconsejando su implementación. Para mayor detalle, ver del mismo autor: "Las respuestas del derecho español ante los descubrimientos sobre genética y su aplicación al ser humano", Eguzkilore, Nº Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre 1992, pág. 143-150.

³³⁰ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 82. Para este autor debe incluirse dentro de la eugenesia negativa la esterilización de los sujetos genéticamente defectuosos, así como la destrucción de preembriones,

del sexo, misma que puede realizarse, ya sea induciendo a las células del mismo que se van a desarrollar como células sexuales para que se desarrollen según el sexo previamente elegido, o bien actuando antes de que se lleve al cabo la fecundación seleccionando el esperma con el cromosoma deseado.

El debate acerca de las posibilidades actuales de selección genética - eugenesia - puede ubicarse bajo una línea argumental que parece sintetizar de manera elocuente el conflicto evidentemente ético jurídico que ello conlleva. La selección genética en cuanto tal, busca la "mejora" de el o de los seres humanos a través de la prometedora disponibilidad de las técnicas de recombinación o manipulación genética. Pero, siendo evidente que cualquier selección de características, rasgos o tendencias realizadas por el hombre para el hombre será un acto intrínsecamente subjetivo, debemos estar conscientes que resulta imposible materialmente establecer un criterio válido que permita comprender suficientemente lo que significa el término "mejora" como para poder justificar que la misma se lleve a cabo³³¹.

e.2.1) La selección genética realizada a través de la selección asistida del sexo³³² del futuro individuo, si bien es una conducta considerada como infracción muy grave por la LTRA³³³, puede realizarse excepcionalmente cuando ella venga motivada

embriones y fetos igualmente defectuosos. No obstante, no debe pasarse por alto que el problema radicará en determinar qué o cuál es la característica o el ser humano defectuoso o genéticamente inferior.

³³¹ Además, hay que destacar que cuando se habla de modificar características o tendencias se está afirmando que la conducta del nuevo ser estará determinada, lo que además de ser un error, podría llevar a la sociedad, en términos de GLENN MCGEE, a la liberación de importantes responsabilidades pues el padre que prevé que su hijo tendrá los genes correspondientes a la inteligencia no violenta, podría pasar por alto la función que desempeña su propia influencia sobre el niño. Es decir, "el patrimonio genético de un niño no puede sustituir a los cuidados paternos ni a la enseñanza". Cfr; GLENN, MCGEE: "¿Escatimar genes o estropear a los hijos?. Los pecados no tan capitales de la mejora genética", Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 7, 1997, pág. 224.

³³² Si se destaca "selección asistida de sexo", es porque la selección puede realizarse por métodos naturales o no naturales, antes o después de la concepción y con finalidad terapéutica o no terapéutica. Por ello, la prohibición a la que se refiere la LTRA, dado el ámbito de aplicación referido a las técnicas de reproducción asistida, no incluye aquellos métodos naturales que se realizan, obviamente, en el ámbito de la intimidad de la pareja. Cfr; PUIGPELAT MARTÍ, FRANCESCA: "La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica", Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 6, 1997, pág. 96 y 97.

³³³ Artículo 20.2.B.n) LTRA. En la misma posición, el artículo 14 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biotecnología del Consejo de Europa, dispuso que no se admite la utilización de las técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

por una finalidad terapéutica³³⁴ expresamente autorizada en la Ley. Ahora bien, indudablemente que esta disposición despierta ciertos recelos en la doctrina, pues para algunos, el legislador debiera permitir a los padres que se hallan en instituciones especializadas en las técnicas de la reproducción asistida o no naturales, decidir de forma responsable el sexo del futuro hijo.

Los argumentos con los que se ha pretendido justificar la prohibición de la selección de sexo no natural, sin finalidad curativa, son primordialmente de carácter material y que se contienen en afirmaciones como; el desequilibrio demográfico y la discriminación femenina.

Pero, ¿son esos argumentos realmente válidos como para fundamentar la prohibición de la norma administrativa?

FRANCESCA PUIGPELAT, que se manifiesta abiertamente en contra de la prohibición de la selección de sexo contenida en el Ordenamiento legal español, después de plantearse si los argumentos normalmente esgrimidos para prohibir la selección de sexo son aceptables, esboza una interrogante sobre la permisibilidad o no de la selección de sexo en el caso en que la mujer solicitante deseaba ser inseminada con el semen de su marido para, después de tener cinco hijos varones, tener una sexta y última, mujer, aduciendo que en caso de no tenerla sufriría de graves depresiones, inclusive pericialmente constatadas.

El caso - ejemplo citado por la autora - fue resuelto judicialmente en una primera instancia concediéndosele dicha autorización, aunque posteriormente el fallo fue revocado por la audiencia al considerar que la razón o finalidad terapéutica a la que alude la LTRA está referida al embrión o futura persona y no a la madre o mujer solicitante (como la había considerado el juez en primera instancia).

Hasta ese momento, indudable resulta que la interpretación de la audiencia es correcta. No obstante, la autora destaca el supuesto que ésta posición puede traer como consecuencia. “¿Podría esta mujer, a la que se le deniega la solicitud, concebir un hijo por métodos naturales, y, al saber por medio de un diagnóstico prenatal que su futuro hijo es otro varón, solicitar el aborto alegando una indicación terapéutica - “su estado de depresión”. Si así fuera, ¿no habría sido mejor permitirle seleccionar los gametos en lugar de recurrir al aborto?”³³⁵.

³³⁴ También así, HERNÁNDEZ IBARRA, CARMEN: “Selección de sexo y derechos de la persona”, La Ley, 15 de abril, 1992, para quien sólo debe permitirse la selección de sexo en aquellos supuestos en los que se evitará la transmisión de una enfermedad congénita y hereditaria a la descendencia.

³³⁵ PUIGPELAT MARTÍ: “La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica”, ob cit, pág. 100.

En otras palabras, si la selección de sexo sin finalidad terapéutica se va a llevar a cabo de cualquier forma por medio del aborto (si la "salud psíquica de la madre" corre peligro) la disposición legal que la prohíbe debería derogarse, pues un aborto es un mal mayor que el seleccionar el sexo del futuro ser humano.

Sin embargo, aún ante lo lógico que resulta la posición anterior, considero que la razón asiste pero sólo en parte, pues una cosa es resolver el caso concreto, y otra muy diferente es equiparar esta hipótesis al marco general que debe regularse.

Indudablemente que resulta un mal mayor el aborto que la selección de sexo desde los gametos, pero ello no significa que la Ley pueda o el legislador quiera presuponer que en cada uno de los casos en que la mujer no pueda ver satisfecho su deseo de tener un hijo del sexo deseado, su salud psíquica se pondrá en riesgo. Es decir, coincidimos más en que los argumentos empleados para prohibirla no tengan el peso y la capacidad para convencer a los destinatarios de la norma, que en el hecho de que sostener su prohibición acarreará un mal mayor identificado como un aborto terapéutico.

e.3) Hibridación.

El término híbrido se utiliza para aludir al ser, animal, vegetal o humano que posee material genético de distintas especies, ya sea fecundando gametos de distintas especies o bien intentando gestar un embrión en el útero de una especie distinta.

Referida particularmente al ser humano, teóricamente, la creación de híbridos cruzando material genético de varias especies con la especie humana también podría llegarse a realizar vía la fecundación in vitro entre gametos animales y gametos humanos, o a través de la mezcla de material genético de cualquier otra especie animal en células humanas de la línea germinal que serían utilizadas para la fecundación, o en células totipotentes, como podrían ser las células del preembrión humano, e incluso aún, a través de la introducción de genes de especies ajenas a la humana en células del embrión, feto o de la persona.

Por lo que se refiere a los riesgos asociados a la hibridación, por un lado se ha tendido hacia la sensacionalización de sus efectos, basado en la posibilidad teórica de poder crear monstruos y humanoides, y con ello, romper el balance del ecosistema³³⁶ produciendo unidades vitales que contendrán genes humanos, lo cual implicaría, entre otras cosas y dependiendo de los supuestos, una verdadera afrenta contra la

³³⁶ MANTOVANI FERRANDO: Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection", ob cit, pág. 98.

autenticidad del patrimonio genético, en una dimensión individual, del ser humano en si mismo considerado y, en una dimensión colectiva, de la especie humana³³⁷, por tanto que supone una afección a la identidad - individual y colectiva - de la especie humana³³⁸ y de la autodeterminación del individuo.

Por el otro lado, los científicos han destacado que en realidad existen indeterminado número de dificultades técnicas como para poder llevar a término, ya no el nacimiento de un híbrido "humano", sino incluso mucho antes, a nivel de compatibilidad de los gametos y de empatía en el proceso de gestación.

Ante ello, y dado que el desarrollo de esta técnica permitiría obtener una serie de conocimientos que coadyuvarían a perfeccionar las técnicas de reproducción asistida y al tratamiento de enfermedades en los seres humanos, las legislaciones en lo general si bien han tendido hacia la prohibición absoluta de cualquier intento que implique la gestación de un híbrido, han establecido como excepción el test de Hámster y que, irrefutablemente implica, la creación, aunque sea restringida y momentánea, de un híbrido hombre animal³³⁹.

e.4) Creación de quimeras.

Quimera se denomina al producto de la fusión entre dos preembriones y consiste, precisamente, en fusionar dos embriones de especies diferentes (o de la misma), originándose un único individuo con fragmentos de los diferentes embriones asociados o fusionados³⁴⁰ a partir de la combinación de material genético humano, o con material genético animal.

³³⁷ El Consejo de Europa, en su Recomendación del 17 de octubre de 1984 así como en la del 24 de septiembre de 1986 (1046) en el punto 14.A.iv, prohibió la fertilización in vitro interespecífica, heteróloga, y la fusión de gametos humanos con los de otros animales. Sin embargo, señaló como excepción, bajo estricta regulación, la práctica del test de Hámster, el cuál consiste en fecundar precisamente gametos humanos y animales (chimpancé) para poder analizar la dotación cromosómica de los espermatozoides humanos, creándose un embrión híbrido interespecífico Hámster - Humano. Sobre los detalles de este test, consultar a SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G Y MARTÍN, J, C, en la citada obra.

³³⁸ Esto último debido a que, según HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 78, se menosprecian los derechos específicos de la especie que corresponde al hombre.

³³⁹ Excepción aludida que expresamente se encuentra recogida en la legislación Española en el artículo 14.4 de la Ley 35/1988.

³⁴⁰ El nacimiento de siameses es un caso de quimera humana, consecuencia de la gestación de dos embriones fusionados.

También aquí se aprecia una fuente potencial de riesgo para el interés jurídico a un patrimonio genético humano no alterado ni menos aún emulsionado con genes animales³⁴¹, y a una identidad genética que no sea producto de una previa manipulación.

Para Eser, incluso cuando no se pretendiera el nacimiento de dicho ser, también se violaría la protección constitucional de la vida humana por el hecho de que, al menos parcialmente, se haya engendrado esa vida humana con la idea preconcebida de destruirla y se la haya totalmente instrumentalizado sin la más mínima oportunidad de haberle permitido cumplir con su entelequia. Es decir, ninguna de las prácticas destacadas sería congruente con la finalidad última respeto de los derechos inherentes a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, como primero y único fin³⁴².

F) Consideraciones generales. Especial mención a la intervención genética y la clonación.

Hacer referencia o tan sólo imaginar la cantidad de interrogantes que han surgido y habrán de surgir en los planos ético, jurídico, filosófico, moral, religioso, científico, médico, etc, del desarrollo de la ingeniería genética nos hace conscientes, por un lado, de la complejidad e interés que encierra el desarrollo del Proyecto Genoma Humano por sus incontables aplicaciones e implicaciones en las áreas de la diagnosis, terapia e intervención genética así como en el área de las técnicas de procreación, y por el otro, de la imposibilidad que tenemos de tratar o abarcar en nuestra investigación todas aquellas consecuencias que se derivan y vinculan del mismo.

Por ello, insistimos, tendremos que dejar a un lado aspectos muy interesantes, como por ejemplo, las consecuencias éticas y jurídicas de la utilización de los conocimientos derivados del Proyecto Genoma Humano en relación con el mercado laboral, seguros médicos, patentes y derechos sobre el uso y explotación de células

³⁴¹ De idéntica opinión; PECES BARBA, G: "La libertad del hombre y el genoma", en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol I, Fundación BBV, Madrid, 1994, para quien la norma que permite regular y por ende prohibir estos tipos de aplicación de la ingeniería genética puede encontrarse en el artículo 15 de la CE que comprende la integridad física y moral de las personas, lo que comprende el derecho a la integridad del patrimonio genético.

³⁴² Cfr: ESER ALBIN: "Ingeniería Genética y Reproducción Asistida", ob cit, pág. 290 y 291. También expresa esa idea de manera similar en, "Genética Humana desde la perspectiva del Derecho Alemán", en; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXVIII, Fascículo II, Mayo - Agosto, Serie I, Nº 3, 1985, pág. 355 y 356.

humanas o animales, etc, de los cuales se han ocupado ya infinidad de autores³⁴³, para enfocarnos al análisis de la problemática e implicaciones de la aplicación de la tecnología que ha surgido como consecuencia del Proyecto Genoma Humano en el área de la ingeniería genética y reproductora, y con las técnicas que la acompañan, esto es, reitero, la diagnosis genética, la intervención genética, las técnicas de clonación, hibridación, etc.

Esquemmatizado en términos muy simples, de todo lo que hasta ahora hemos enunciado podemos establecer que el Proyecto Genoma Humano permite conocer mejor la estructura y composición del ADN y de los cromosomas humanos. La finalidad original del desarrollo del proyecto está dirigida hacia la cura y restablecimiento de la salud humana, con la consecuente mejoría de la calidad de vida.

Para poder curar se requiere, obviamente, tener conocimiento de que existe la enfermedad, independientemente de que se haya o no manifestado aún y, aunque no siempre se conozca su causa. Una vez que se conoce la estructura original del gen, independientemente de que se llegue o no a saber la causa que lo modifica, la ciencia ha buscado corregir este defecto, devolviéndole su estructura original por medio de la terapia genética, consistiendo ésta en la modificación e inserción del material genético (del gen anómalo) dentro de una célula. Para poder realizar la terapia genética, y con ello coronar el esfuerzo y la finalidad primordial de todo el desarrollo científico en esta área, es condición elemental poder revertir la mutación o alteración del gen a través, precisamente, de su manipulación. El gen alterado causante de la enfermedad puede ser manipulado o digámoslo así, reformulado, gracias al desarrollo de las técnicas recombinantes del ADN.

Ahora bien, si el objetivo y finalidad del proyecto es la salud y la mejoría de la calidad de vida del Hombre, es evidente que lo primero que tenemos que saber es quién y cuándo requiere ser sometido a una terapia genética, para lo cual hoy día, debido también al desarrollo, avance y descubrimientos aportados por la ciencia, podemos acceder a la diagnosis genética y conocer nuestro estado de salud genético actual e inclusive futuro.

³⁴³ Sobre ello, por citar algunos ver: KIMBRELL, ANDREW: "Patents Encroach upon the Body", Crisis, Mayo 1993, publicado por *Opposing Viewpoints Series*, 1994, bajo el título *Biological Patents Affront Human Values, Biomedical Ethics*; ANNAS J, GEORGE: "Outrageous Fortune; Selling Others People Cells", Hasting Center Report, Noviembre/ Diciembre 1990; SWAIN S, MARGARET Y MARUSYK W, RANDY: "And Alternative to Property Rights in Human Tissue", Hasting Center Report, Septiembre / Octubre 1990; DURFY J, SHARON Y GROTEVANT E, AMY: "The Human Genome Project", Kennedy Institute of Ethics Journal, Diciembre, 1991; COUNCIL FOR RESPONSIBLE GENETHICS: "Position papers on genetic discrimination and the Human Genome Initiative, Issues in Reproductive and Genetic Engineering, Vol 3, Nº 3, 1990.

Así, observado en su conjunto, parece indudable que no tendríamos razón alguna para cuestionar o siquiera polemizar acerca de la permisibilidad ética y jurídica del proyecto en general y de cada una de sus derivaciones en particular. Sin embargo, es evidente que en la práctica las cosas no son así, pues el conocimiento y desarrollo de estas técnicas fácilmente pueden, en su uso, desembocar en acciones o conductas con un matiz completamente distinto que obligaría a replantear su permisibilidad y aceptabilidad.

Por tanto, sólo es posible observar y valorar en su justa dimensión los resultados obtenidos del desarrollo del proyecto y de las técnicas derivadas de ingeniería y de manipulación genética, si partimos de un análisis completo que vaya de lo particular a lo general pero sin olvidar que cada una de las técnicas en lo particular, ya sea diagnosis, terapia, técnica reproductora, etc, se han ido desarrollando como parte integral de un todo y de un conjunto del cual, si se separa, entonces la permisibilidad jurídica y ética de su uso o usos, no puede ya identificarse claramente.

Es decir, lo importante no es tanto el realizar un debate acerca de los múltiples efectos de la ingeniería genética sobre el Hombre, sino recoger las dos caras de la moneda que muestran la ambivalencia del progreso científico, que no siendo ni bueno ni malo, está condicionado a la intención de la acción y de su implementación, pues, por un lado, no puede ni debe evitarse que la ingeniería genética sea utilizada en la terapia de las patologías hereditarias graves para las que no exista otro tratamiento, pero por el otro, en cambio, debe impedirse que se haga mal uso de estos mismos métodos capaces de alterar el patrimonio genético humano sólo para crear el Hombre a medida. Y es que "la principal dificultad estriba en lograr separar el buen uso y el abuso"³⁴⁴.

Bajo el anterior razonamiento, señalemos algunas de las consideraciones que surgen del uso y práctica de estos procedimientos o técnicas de la moderna ingeniería genética y de las cuales, insisto, se desprenden los diversos intereses jurídicos que el Ordenamiento está obligado a ponderar a través de la resolución conflictual que implica la norma.

f.1) Terapia genética.

Por lo que a la intervención genética se refiere, sus implicaciones y consecuencias rebasan, a mi juicio, a cualquiera otra que dentro de la amplia gama de la ingeniería genética pueda darse, pues es aquí en donde realmente los verdaderos temores y aplicaciones del conocimiento de la ciencia genética se manifiestan, ya que si no se aplican en el contexto general, dentro de ese todo al que pertenece y que puede

³⁴⁴ CASADO MARÍA: "El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana", ob cit, pág. 26.

encerrarse en un simple enunciado, "contexto médico - curativo - terapéutico", entonces estaremos pisando los terrenos de la intervención genética *selectiva o de mejora* de seres humanos con características consideradas como deseadas.

En efecto, dentro del contexto terapéutico, una vez que el resultado del estado de salud "genética" del preembrión, embrión, del feto o de la persona es obtenido, es posible conocer en qué consiste el defecto o mutación genética que ocasiona u ocasionará la malformación, dolencia o enfermedad en cualquiera de las etapas de vida señaladas del ser humano. De ésta manera, independientemente de que la terapia genética pueda ser, según su campo de acción, somática o germinal, sabemos que en ambas se realizará una sustitución o modificación de genes defectuosos, con la diferencia de que **la terapia somática no afectará el patrón genético de la especie humana**, *mientras que en la terapia sobre la línea germinal, la sustitución de genes alterará y modificará componentes genéticos transmisibles de la persona, consecuentemente de su progenie y de ahí en adelante, de la especie humana.*

Según observamos, es justamente hasta ésta instancia en que realmente puede hablarse de manipulación genética, pues el hombre puede a través de ésta intervención genética modificar e inventar una nueva línea hereditaria que no será ya más resultado de las múltiples combinaciones de la naturaleza sino de una aplicación dirigida por parte de los seres humanos, situación que presentó un fuerte debate a nivel ético pues se dijo, y se sigue diciendo, que una vez iniciada la terapia génica, "será imposible ponerle una barrera en donde detenerla, y se pasará insensiblemente a una ingeniería genética de mejoramiento de nuestra especie y a las formas más extremas de eugenismo"³⁴⁵.

Es por ello, dado que ahora la moderna tecnología genética permite tener una mayor injerencia e influencia sobre las generaciones futuras, la formulación de estándares de intervención o manipulación genética constituye una labor de máxima relevancia ante el incuestionable requerimiento de que la ciencia genética en células humanas avance y no se entorpezca, pero que permanezca dentro de fronteras humanas, siendo por ello necesario establecer principios y límites legales a fin de que las distintas clases de manipulación genética sean distinguidas.

Consiguientemente, considero que los estándares requeridos para asentar esos principios básicos que deben regular y limitar el estudio y desarrollo de la aplicación de la ciencia genética en los seres humanos, nos lleva necesariamente ha establecer que la cuestión debe centrarse e ubicarse entre la intervención genética sobre células germinales o totipotenciales con finalidad terapéutica (manipulación terapéutica/ terapia genética) y la ingeniería genética sobre células germinales o totipotenciales sin finalidad

³⁴⁵ ARCHER, LUIS: "Terapia Genética Humana", ob cit, pág. 132.

terapéutica (manipulación eugenésica y experimental), pues ahora que el hombre requiere y puede alterar o manipular el genotipo humano, tenemos que reconocer y estar conscientes de que, por un lado, en la implantación de este tipo de terapias o tratamientos médicos, las implicaciones no sólo se circunscriben a la solución de un problema médico, sino que se extienden particularmente a otras muchas de carácter genético, "supraindividual"³⁴⁶, y por el otro, de que en la práctica será realmente muy difícil y sutil poder establecer y marcar la línea divisoria en donde la intervención genética deba ser considerada terapéutica o bien eugenésica³⁴⁷.

Por ello, el reto del jurista debe ser evitar caer al científico en particular y a los seres humanos en general, en el absurdo de querer sacar provecho de la oportunidad para seleccionar nuestros propios genes en base a nuestros propios prejuicios, caprichos o inclusive sobre criterios o necesidades pasajeras o de corto plazo³⁴⁸, no sólo por razones de carácter ético sino porque además científicamente, según referimos, aún no se puede determinar si la presencia en el genoma humano de los genes causantes de desordenes y enfermedades genéticas tengan otras funciones vitales no descubiertas y que por lo tanto su eliminación pueda provocar un daño a la población humana³⁴⁹.

Justamente es esta la razón por la que en prácticamente todo el mundo son realmente pocas las discusiones que se dan en torno a la terapia genética somática, mientras que en relación a la terapia genética de la línea germinal continúan las preocupaciones relacionadas con las consecuencias y riesgos de éste tipo de

³⁴⁶ Así; ROMEO CASABONA: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*.

³⁴⁷ En el mismo sentido; ESER, ALBIN: "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", ob cit, pág. 291, afirma que es necesario impedir, una vez aceptada la manipulación terapéutica, que meros e insignificantes desvíos de la normalidad genética puedan calificarse de patologías hereditarias, destacando además la enorme problemática que implicará preguntarse cuáles serán los criterios de selección para considerar lo que será una patología hereditaria y quienes serán los responsables de realizar tal selección. MANTOVANI, FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection", ob cit, pág. 97 y ss, destaca la dificultad para señalar una línea que separe entre la enfermedad genética y la mera desviación de la normalidad. HIGUERA GUIMERÁ: "Los problemas jurídico penales de la terapia genética en la vía somática y en la vía germinal", se pronuncia por un sistema de *numerus clausus* en el que se contenga una relación de lo que debemos entender por enfermedad genética.

³⁴⁸ Es decir, el riesgo de actuar sobre las células germinales, con capacidad de alterarlas, modificarlas, manipularlas, es que permitirá a terceras personas, si el uso no es terapéutico, imponer determinadas características biológicas (eugenesia).

³⁴⁹ Por ello, VIDAL MARTÍNEZ considera "una locura" y un "insensato modo de actuar" intentar modificar la naturaleza humana cuando apenas se comienza a descifrar su clave genética. Cfr; VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; "La manipulación de genes humanos desde la perspectiva del derecho", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, 1994, pág. 294.

intervención y que principalmente se refieren, como ya hemos destacado, al hecho de que es posible que se utilice para situaciones que nada tendrán que ver con la disminución o eliminación de enfermedades o taras sino para la acentuación de ciertas características físicas o eugénicas consideradas en un momento determinado como deseables³⁵⁰, pues “una vez que se inicia la manipulación genética en el ser humano, ***ya no hay lugar lógico para detenerse***. Si se consigue mediante la nueva técnica genética curar alguna enfermedad como la diabetes o la anemia falciforme, ¿porque no proceder avanzando hacia otros desordenes, la miopía, el daltonismo, el ser zurdo?; ¿Qué evitará que una sociedad considere como desorden un cierto color de piel?³⁵¹; ¿Cuál es el precio que tenemos que pagar por embarcarnos en una carrera cuyo objetivo final es la perfección de la especie humana?”³⁵².

No obstante, el riesgo de abusos no puede excluir el legítimo uso, por lo que la valoración no dependerá del método sino del fin que se pretende y de sus consecuencias³⁵³. En otras palabras, mientras la ingeniería genética se mueva con fines terapéuticos, debe estar justificada como terapia curativa, sin que ello signifique que se pueda descuidar la vigilancia de las posibles consecuencias no deseables de selección eugénica, pues por la misma vía de la neutralización de las enfermedades hereditarias, se abre también la posibilidad de manipular otras propiedades.

También, en términos de Haring, la sutileza se encuentra en determinar que cambio genético puede ser considerado arbitrario o no, benéfico o perjudicial, positivo o negativo, para poder estar en aptitud de guiar su evolución genética, pues, afirma, lo que realmente debe preocuparnos es que la ingeniería genética caerá bajo las manos y garras de las leyes sin corazón del mercado, consecuencia de la abundancia de inteligencia y conocimientos técnicos pero con la ausencia absoluta de sabiduría, que impida percatarse que una generación de seres humanos realizada de manera

³⁵⁰ Un claro y representativo ejemplo del clima de desconfianza y temor que impera en todos los núcleos sociales, lo constituye sin duda la resolución que desde el año de 1983 fue enviada al congreso de los Estados Unidos de Norteamérica por 56 líderes religiosos de aquel país a través de la cual exigen que los riesgos provenientes de la investigación en el área de la ingeniería genética dentro de la línea germinal de la especie humana no sean tomados y por lo tanto *demandaban el cese definitivo de la investigación* en aras de preservar la “santidad de la vida humana”.

³⁵¹ Es decir, destaca WOOD HARPER, J: “Manipulation of Germ - Line. Towards elimination of major infectious diseases? Ethics and Biothechnolgy, Editor Dyson, A, Harris J; Routledge, Londres, 1994, pág. 124 y ss, la pregunta indispensable consiste en saber a quién corresponde determinar qué enfermedad si y cuál no justifica la terapia genética, o lo que es igual, justifica la modificación al patrimonio genético humano.

³⁵² RIFKIN, J: Algeny, Viking, New York 1983, citado por GAFO FERNÁNDEZ: “Problemas éticos del proyecto genoma humano, ob cit, pág. 223.

³⁵³ Así, GAFO FERNÁNDEZ: “El nuevo Homo Habilis”, ob cit, pág. 165 y 166.

eugénica, configurada a su antojo, será más débil y no más fuerte, pues si no se entiende que una cosa es mejorar la herencia genética y otra es cambiarla, la consecuencia será fatal³⁵⁴, es decir el hombre debe ser capaz de distinguir entre la terapia del gen con intención terapéutica y la ingeniería genética con finalidad constructiva de modificar rasgos de genes independientes de la terapia.

Sin perjuicio de ello, la opinión generalizada de la doctrina tiende a señalar que la intervención genética - manipulación genética - atenta contra la dignidad humana³⁵⁵ porque ésta abarca e implica el derecho a heredar un contenido genético no alterado o manipulado, pues al trastocar características básicas del ser, se estará falseando su identidad³⁵⁶.

Por tanto, resulta imprescindible entonces valorar y arribar a una conclusión que nos permita establecer si en verdad toda alteración al genotipo humano atenta contra el principio de dignidad humana o si, por el contrario, aquella actuación modificadora sobre el genotipo que se traduzca en cura o mejoría del estado de salud del individuo no constituye, precisamente por su finalidad curativa, una afrenta a la dignidad humana, siendo por lo tanto necesario distinguir y trazar una línea firme entre la intervención genética terapéutica y la intervención genética no terapéutica o eugenésica³⁵⁷, ambas invariablemente manipuladoras del contenido y de la herencia genética humana, y realizadas a través de los mismos procedimientos en las células somáticas o germinales y totipotenciales de los seres humanos.

³⁵⁴ Para HARING BERNHARD: "Ética de la manipulación"; *En medicina, en control de la conducta y en genética*, Editorial Herder, Barcelona 1978, la "cirugía del gen" se da cuando se retiran o reponen algunas partes de ese gen, mientras que la "ingeniería eugenética" se da cuando se emprende una modificación o alteración de genes o de las actividades de los genes con vistas a eliminar desordenes genéticos. Así, la cirugía del gen difiere de la eugenética en que no intenta directamente cambiar el gen mismo, sino que procura mejorar la calidad de la reserva genética humana mejorando el entorno y la condición humana total. Difiere de la ingeniería genética eugenésica, cuyo paciente es la entera especie humana, mientras que la "cirugía del gen" trata al paciente vivo individual al comienzo de su existencia.

³⁵⁵ Por citar sólo algunos; ESER ALBIN, MANTOVANI FERRANDO, HIGUERA GUIMERA.

³⁵⁶ Por ello, RUIZ VADILLO, ENRIQUE, en; "Investigación genética y Derecho penal", *Revista General de Derecho*, N° 528, año, 1988, pág. 5791, ya señalaba que el proceso actual en materia de manipulación genética suscitaría el comienzo de un movimiento de criminalización que tendería a prever el reconocimiento expreso del derecho a un patrimonio genético sin manipulación alguna.

³⁵⁷ En el mismo sentido, ANDERSON FRENCH: "La terapia de genes humanos. ¿Porque señalar unos límites?" en; *Revista Labor Hospitalaria*, número 214, página 298 y 299, señala que es preciso hacer una distinción entre la terapia de genes y la ingeniería genética perfectiva, admitiendo la terapia (aunque se refiere a la somática) cuando se trate de una enfermedad grave y no cuando se efectúe con la finalidad de mejorar o de alterar selectivamente una característica, denominándola terapia génica perfectiva.

Para ello, detengamos nuestras consideraciones sobre la terapia genética para intentar concretar o por lo menos alcanzar a comprender lo que por dignidad humana es posible concebir y si la alteración del contenido genético humano, puede o no realizarse bajo el principio de protección y límite de la dignidad humana.

f.1.1) La dignidad humana. ¿Interés jurídico implicado como límite frente a la manipulación genética?

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *Digno* (del latín *Dignus*) significa: Que merece algo, en sentido favorable o adverso. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa.

Así, la dignidad de la persona implica una determinada concepción del ser humano y supone el reconocimiento de su calidad de ser humano en cuanto tal, por el mero hecho de serlo. El ser humano por su cualidad única (raciocinio) se coloca en un plano de superioridad frente al resto de los seres, y en un plano de igualdad frente a sus semejantes, lo que significa que no puede ser objeto de ningún tipo de discriminación ni ser utilizado como instrumento (cosa) para el logro de fines que le sean ajenos, por muy gravosos que estos sean³⁵⁸. “El hombre no puede ser nunca una cosa, sino que le corresponde siempre una personalidad. Este principio básico de nuestro Ordenamiento jurídico y político prohíbe de forma categórica que un ser humano se encuentre a disposición de los demás”³⁵⁹, y, consecuentemente, nunca podrá ser instrumentalizado o utilizado como medio para otra cosa pues supondría realizar una abstracción de su naturaleza, según la cual, el ser humano por su propia esencia, nunca puede ser un bien útil o instrumental³⁶⁰.

ROBERT SPAEMANN, en su trabajo titulado *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, describe el concepto de dignidad señalándolo como “la propiedad de un ser que no es sólo fin en sí mismo para sí, sino fin para sí mismo por antonomasia, pues nunca será justa la lesión de la dignidad de la persona, tanto en su dimensión espiritual como en un componente corporal, para alcanzar una mejora del bienestar social, una

³⁵⁸ En similar sentido, para ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, en; “Aspectos jurídicos de la experimentación humana” Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 11, 1986, pág. 571, el concepto de dignidad presenta varias dimensiones, entre ellas, el principio de claro entronque ético, de que el hombre es un fin en si mismo y no puede ser nunca utilizado como medio o cosificado.

³⁵⁹ ROTHLEY, WILLIAM: *Informe sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética*, en Parlamento Europeo, Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y la fecundación artificial humana, Luxemburgo, 1990, pág. 27 y ss.

³⁶⁰ SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C: *Ética y Genética*, ob cit pág. 22 y ss.

mayor calidad de vida, el perfeccionamiento de la especie humana, o cualquier otra finalidad externa a la propia persona³⁶¹.

Es decir, realmente a lo que en este punto nos estamos refiriendo, no es sino al conflicto entre la noción utilitarista, en donde el hombre es visto como una cosa o medio utilizable para objetivos extrapersonales, definiendo lo que es correcto en función de lo que es bueno para la sociedad, la mayoría o para uno mismo (utilidad social), frente a la noción personalista que afirma que el ser humano está dotado de una dignidad intrínseca que lo convierte en un sujeto con su propio derecho, por lo que no puede ser tratado como medio para un fin sino que siempre debe ser tratado como el fin en sí mismo. Esto significa, bajo la noción personalista, que el hombre no puede ser utilizado para servir intereses extrapersonales y que debemos abstenernos de realizar conductas o actividades en las que únicamente se valore la eficacia; es decir, que lleven a la consecución del fin que se ve como conveniente.

Por otro lado, el problema que debemos elucidar, ante la elevación de la dignidad a la categoría de núcleo axiológico central del orden constitucional español, consiste precisamente en definir, no lo que es, sino lo que ha de entenderse, jurídicamente, por dignidad humana³⁶², y cuya problemática hoy día es aún notoria ante la dificultad de encontrar una definición adecuada que pueda superar los intentos de definición a través de fórmulas generales tales como "contenido de personalidad" o "núcleo de la personalidad", etc³⁶³, dificultad que puede verse inmersa en la mayoría de los autores cuando intentan justificar la prohibición de una determinada práctica de ingeniería genética, aduciendo o invocando la violación a la dignidad humana sin poder precisar a qué se refieren o qué entienden por ella³⁶⁴.

³⁶¹ SPAEMANN, ROBERT: *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Rialp, Madrid 1989, pág. 100.

³⁶² Dificultad que no es exclusiva del Ordenamiento jurídico español, sino en general en todo el contexto jurídico internacional, de manera tal que, como sostiene ANNAS, se evidencia la necesidad de un mayor desarrollo de ese concepto jurídico utilizado como principio rector de las investigaciones genéticas. Cfr: ANNAS, G.J: "Death Without dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby M", Hasting Center Report, abril - mayo 1988, pág. 18 y ss

³⁶³ Así, SEGADO FERNÁNDEZ, FRANCISCO: "Dignidad de la persona, Orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978" en, Jornadas Chilenas de Derecho Público, Editorial Edeval, Chile, 1995, pág. 15.

³⁶⁴ EKKEHART, STEIN intentó, atendiendo al significado etimológico del término, realizar una aproximación al concepto jurídico de dignidad, señalando (en alemán) que *dignidad* (*würde*) es un abstracto del adjetivo *valor* (*wert*) y significa originalmente, la materialización de un valor. Cfr; EKKEHART STEIN: *Lehrbuch des Staatsrechts*, Turbigen, 1968; Traducido por F. Sainz Moreno bajo el título *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Madrid, 1993, pág. 236.

De esta manera, para hablar de la dignidad bajo una óptica jurídica, el punto de partida es la norma recogida en el artículo 10.1 de la CE que hace referencia a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de su personalidad. Dispone el artículo 10.1 de la CE:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

El hecho de que la CE coloque la dignidad humana como acceso del Título I, que se refiere a los derechos y deberes fundamentales, supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento jurídico Español, y la reafirmación de que la persona no es un mero reflejo del orden jurídico, sino al contrario, su existencia es previa y el Ordenamiento jurídico en ningún caso podrá ignorar esa preexistencia que se evidencia en el hecho de que de la persona dimanen un serie de derechos inviolables que han de ser considerados inherentes a ella³⁶⁵.

Ello permite considerar que la dignidad jurídica de la persona debe entenderse como una cualidad intangible del hombre³⁶⁶ que no puede ser desplazada por otra, en virtud de que el hombre es el valor supremo y el referente axiológico central del orden constitucional, reconociendo por ende en los derechos inviolables del hombre el fundamento, precisamente, de todo el orden constitucional.

Ahora bien, la referencia al texto constitucional y al término dignidad puede tomarse en dos sentidos; primero, como la superioridad o importancia que se concede a un ser con independencia de la forma de comportarse y; segundo, como una forma - buena o mala - digna o indigna de conducta³⁶⁷. Sin embargo, es claro que cuando la CE habla de dignidad de la persona, “se está refiriendo a la primera de las acepciones; hasta el punto de que un comportamiento indigno, por sí mismo, no puede privar a la persona de los derechos que le son inherentes en cuanto ser humano y menos de la dignidad misma, base de los derechos fundamentales”³⁶⁸, lo cual supone una doble

³⁶⁵ Ver; SEGADO FERNÁNDEZ: “Dignidad de la persona, Orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978”, ob cit, pág. 18.

³⁶⁶ Lo que lleva a afirmar a MONTANO PEDRO: “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal”, Actualidad Penal No 195, 11 mayo, 1997, pág. 421, que no hay más remedio que acudir a la metafísica para poder fundamentar el valor absoluto de la persona.

³⁶⁷ Así, MILLÁN PUELLES, A: *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1962, pág. 15 y 16.

³⁶⁸ RICO PÉREZ, FRANCISCO: “Protección civil de la Dignidad personal” en; *Introducción a los Derechos Fundamentales*, X Jornadas de Estudio, 1988, pág. 958. En el mismo sentido, SEGADO FERNÁNDEZ: “Dignidad de la persona, Orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución

perspectiva, a saber; desde la perspectiva del individuo, traducida en un Derecho Público subjetivo en virtud del cual el hombre tiene derecho a la dignidad puesto que tiene derecho a la personalidad, entendiéndose de esta manera que dignidad significa, el reconocimiento de un derecho general a la personalidad³⁶⁹ y, desde la perspectiva del Estado, es decir, aquella que define la relación Individuo - Estado, y que presupone una presunción a favor del ser humano y de su personalidad³⁷⁰.

En el mismo sentido, para RUÍZ GIMÉNEZ³⁷¹, la dignidad personal puede distinguirse en cuatro niveles o dimensiones, siendo estos: la dimensión religiosa, la dimensión ontológica, la dimensión ética y la dimensión social, señalando que las dimensiones primordialmente asumibles por quienes hayan de aplicar la pauta normativa del artículo 10.1 de la CE son la de carácter ontológico (racionalidad y libertad del ser humano) y la de ética profunda (autonomía y fin de sí mismo, no medio ni instrumento de nadie).

Así, para SÁNCHEZ AGESTA, la dignidad es tanto como la excelencia o mérito de un ser y el decoro o respeto que se debe por esta excelencia, es decir, lo que se le debe a la persona por su calidad de tal, o lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal. Por lo mismo, la dignidad se convierte en la fuente de todos los derechos que dimanen de esa dignidad inherente a todo ser humano sin excepción alguna.

Estas reflexiones evidencian que el precepto jurídico constitucional de dignidad se encuentra imbuido de un pensamiento filosófico con contenido iusnaturalista³⁷², lo que da lugar a afirmar que la dignidad de la persona no es un concepto jurídico sino una apelación a la esencia de la naturaleza humana, que exige dar a otro ser humano lo que

Española de 1978", ob cit, pág. 25, para quien ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad.

³⁶⁹ SÁNCHEZ AGESTA, LUIS: *El sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid, 1980, pág. 73-75.

³⁷⁰ El derecho a la dignidad humana, para BUSTOS PUECHE, es un bien individual que en casi todos los casos pertenece subjetivamente a la persona y así, se convierte en un derecho subjetivo. La dignidad es un valor que debe ser visto como la fundación de una sociedad basada en la justicia y la paz social. Por lo tanto, es un valor que hay que proteger a través de dos avenidas, llamado específicamente como un derecho subjetivo que pertenece a una persona dada, y abstractamente como un valor legal superior y pre requisito para un orden social pacífico y justo. Cfr; BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: "Reflexión jurídica ante el mundo feliz de Huxley ", Revista Tapia, Enero - Febrero, Madrid 1994, pág. 56.

³⁷¹ Citado por SEGADO FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona, Orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, ob cit, pág. 26.

³⁷² Por todos; PÉREZ LUÑO, ANTONIO: *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, pág. 114, 115 y ss.

es adecuado a su naturaleza misma³⁷³. Es decir, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento de la protección y limitación de otros derechos fundamentales e individuales, "pues ella entraña la prohibición de hacer del hombre un objeto de la acción estatal"³⁷⁴.

Empero, si la dignidad es la fuente de todos los derechos, tal y como lo hace dimanar el texto constitucional - *derechos inviolables que le son inherentes* - la pregunta que evidentemente se desprende es ¿y cuáles son esos derechos inherentes que son inviolables? Algunos consideran que los derechos inviolables que son inherentes a la persona son sólo los comprendidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución³⁷⁵, mientras que otros consideran que, aún y cuando se establezcan graduaciones, todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en el Título I son inherentes a la persona y a su dignidad, y han de impregnar todos y cada uno de los preceptos constitucionales³⁷⁶.

GONZÁLEZ PÉREZ propuso un conjunto de criterios para apreciar cuando se atenta contra la dignidad de una persona, y que considero importante destacar, siendo estos: que serán indiferentes las circunstancias personales del sujeto, pues la dignidad se reconoce a todos por igual; que no se requiere intención o finalidad para que la dignidad pueda conculcarse, es decir, es irrelevante la intencionalidad del agente así como la voluntad de la persona afectada (la dignidad es irrenunciable) y; que es preciso valorar las diferentes circunstancias concurrentes para valorar o calificar la conducta³⁷⁷.

Aplicando todos los principios a los que nos hemos referido a la ingeniería genética, si el preembrión, embrión y feto son seres humanos, y si se prohíbe la instrumentalización del ser humano, pues nadie puede ser instrumento para un fin, la protección de esas realidades humanas derivada de su naturaleza humana debe impedir que se actúe sobre él de manera que impida su futuro desarrollo, lo que significa a contrario sensu, que toda acción que favorezca el desarrollo y salud del embrión estarán

³⁷³ Y es así precisamente, que el mismo artículo 10.1 de la CE habla de derechos que son inherentes a esa dignidad de la persona, y que se derivan de la misma naturaleza del hombre y por la cual el respeto a esa dignidad es la base del Derecho y el fundamento de los derechos personales. Cfr; RICO PÉREZ, FRANCISCO; "Protección civil de la Dignidad personal", ob cit, pág. 960.

³⁷⁴ INGO VON MUNCH: "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 5 mayo - agosto 1992, pág. 19.

³⁷⁵ GARRIDO FALLA, FERNANDO: "Comentario al artículo 10 de la Constitución", en; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1985, pág. 187.

³⁷⁶ SEGADO FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona, Orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978", ob cit, pág. 43.

³⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 112- 114.

justificadas desde una perspectiva constitucional, y también ética, pues estos derechos inherentes incluyen la protección constitucional de la salud (art 43 CE).

De esta manera, si la corporalidad del ser humano comprende su naturaleza biológica, cuya base está en el patrimonio genético, y si la corporalidad representa una parte de la unidad “humana”, en principio podría pensarse que cualquier modificación dirigida sobre la naturaleza biológica del Hombre rebasaría “el límite” y con ello lo desposeeríamos de ese merecimiento o condición a la que tiene derecho como miembro de la especie humana. En tal virtud, nosotros diríamos que el criterio jurídico de respeto por la dignidad humana implica que toda intervención en esa corporalidad debe realizarse dentro de los límites que no rebasen la naturaleza misma de lo humano.

Es decir, cualquier intervención que en un ser humano se realice, será un acto que reclamará se observen toda una serie de valoraciones *a fin de proteger la identidad* del individuo y concretamente, en el campo de la terapia germinal, para proteger también *la naturaleza biológica común de los seres humanos*, pues si el patrimonio genético está presente en cada una de las células, cuando se actúa en los genes o sobre células no diferenciadas - germinales o totipotentes - en un ser humano, indudablemente que se está interviniendo en su identidad.

Surge pues, indudablemente, una posición dual cuando se hace referencia a la dignidad humana como interés o bien jurídico comprometido como consecuencia de las intervenciones que sobre los diferentes estadios de desarrollo humano se pueden efectuar, a saber; una de corte colectivo, refiriendo a la dignidad humana como bien jurídico colectivo, o bien de corte individual, referido a la dignidad humana del preembrión, embrión, feto o, inclusive, persona nacida.

Sin embargo, y ahí la problemática, lo que debe sopesarse y responderse definitivamente es si el derecho a heredar un genoma humano no modificado es sinónimo de dignidad humana³⁷⁸ a pesar de que en el mismo se encuentren genes que perjudicarán y afectarán seriamente la salud del nuevo ser, o si dentro del principio, derecho y concepto de dignidad humana se contempla también el derecho a heredar un genoma sano para poder acceder a una vida digna³⁷⁹.

³⁷⁸ Para SÁNCHEZ MORALES, M.R, en; “El derecho y las concepciones de la nueva genética”, Cuadernos de Política Criminal, No 55, año 1995, pág. 210, esta posición resume los rasgos y preceptos éticos específicos del Consejo de Europa que se ciernen sobre los usos y aplicaciones de la genética destinada a humanos.

³⁷⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO distingue, dentro del ámbito Constitucional, un derecho al bienestar corporal y psíquico, entendido como un derecho de la persona a no padecer dolor o sufrimiento.

La respuesta para nosotros se encuentra en el mismo texto constitucional que reconoce el derecho a la integridad física y moral, por lo que cualquier acto de disposición sobre la propia integridad, siempre y cuando el hecho no lleve consigo en si mismo la pérdida de la vida, debe entenderse como una forma de desarrollo de la propia personalidad, lo que significa que el derecho fundamental a la integridad física abarca la salud individual como un derecho exigible frente al Estado así como frente a terceros³⁸⁰.

Es cierto que la integridad físico genética del individuo supone ser producto de la casualidad, teniendo un genoma no manipulado ni programado por los deseos o intereses de otros seres humanos³⁸¹, pero cierto es también que esta integridad físico genética implica también reconocer que la inviolabilidad del genoma no debe convertirse en un dogma absoluto³⁸², pues si bien la modificación o transferencia de genes en células no diferenciadas, totipotentes, significa la determinación de los nuevos caracteres, la no manipulación implicará la malformación genética, la enfermedad grave y la violación al derecho de todo ser humano a vivir una vida sana, y digna.

Por ello, aceptar que el límite de toda intervención en el hombre o en la persona es su propia dignidad que posee como miembro de la especie humana, significa que no toda intervención que altere o pueda modificar su naturaleza será "per se" atentatoria de su dignidad³⁸³.

En otras palabras, de las reflexiones apuntadas y del análisis del Ordenamiento legal español, *una idéntica conducta podrá ser lícita o ilícita en función de la intención y*

³⁸⁰ Cfr; ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Limites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 115.

³⁸¹ Cfr; GAFO FERNÁNDEZ: "El nuevo Homo Habilis", ob cit, pág. 184.

³⁸² Así también; MARTÍN URANGA, AMELIA; "El marco legal de la terapia génica en España", *Biotechnología y Derecho*, 1997, pág. 111, para quien los derechos de las generaciones futuras a la heredabilidad de un patrimonio genético no modificado, no debe entenderse como un absoluto no intervencionismo.

³⁸³ Esa era la línea que un principio siguió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1982) como se observa en la Recomendación 934 relativa a la ingeniería genética, y en la que precisamente señaló que los derechos a la vida y dignidad humana garantizados en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos llevan aparejado el derecho a heredar un contenido genético que no haya sido artificialmente alterado, sin perjuicio de que el reconocimiento expreso de dicho derecho no debería oponerse al desarrollo de aplicaciones terapéuticas de ingeniería genética (terapia genética) "muy prometedoras para el tratamiento y erradicación de determinadas enfermedades de transmisión genética", recomendando expresamente que se contemple "el reconocimiento expreso del Convenio Europeo de Derechos Humanos del derecho a un patrimonio genético que no haya sufrido ninguna manipulación, salvo en la aplicación de determinados principios reconocidos como plenamente compatibles con el respeto a los derechos humanos (Por ejemplo en el ámbito de las aplicaciones terapéuticas)".

del objetivo perseguido. Así como la alteración genética con finalidad curativa se justificará en función de que la salud forma parte de la dignidad humana, la alteración del componente genético humano es una conducta que contradice profundamente la dignidad humana si carece de una motivación o intención curativa. O lo que es igual, la manipulación genética sólo se puede considerar que no atenta contra la dignidad humana cuando se realiza con fines terapéuticos³⁸⁴, pues en ese caso, reiteramos, no sólo no atentan contra la dignidad sino que buscan promoverla³⁸⁵.

f.2) Marco jurídico de la terapia genética.

El Informe del Comité Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana emitió una serie de recomendaciones en el sentido de que la terapia génica se autorizará en aquellas enfermedades en que haya un diagnóstico muy preciso, que sean de pronóstico muy grave o fatal, que no cuenten con otra alternativa de tratamiento y cuando ofrezca garantía de solución, al menos razonablemente, del problema³⁸⁶. De esa manera, señaló y destacó con claridad que la terapia genética nunca deberá influir sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni ira dirigida a la selección de raza³⁸⁷.

En consonancia con el Informe, la Ley 42/1988 señaló en el antes mencionado artículo 8.2 que la aplicación tecnología genética se podrá autorizar para la consecución

³⁸⁴ De la misma opinión RUIZ VADILLO, ENRIQUE: "La investigación científica y el derecho. Especial consideración de la ingeniería genética", Revista General de Derecho, Nº 504, año 1986, pág. 3651 y ss, quien afirma que toda investigación científica, incluyendo la manipulación genética, debe ser autorizada y potenciada cuando la actividad vaya dirigida al mejoramiento de la calidad de vida del sujeto, por lo que los límites "muy reducidos y al mismo tiempo muy concretos" de la investigación genética se encuentran en la propia dignidad moral y física de la persona en la cual está comprometida la sociedad entera.

³⁸⁵ De opinión similar a la aquí sostenida; WALTER, L.R: "The ethics of human gene therapy", Revista Nature, Vol 320, 1986, pág. 225, justifica éticamente la modificación de las células germinales o embrionarias no diferenciadas.

³⁸⁶ Sin embargo, por citar algunos; CARLOS BANCHIO, ENRIQUE; MOISSET DE ESPANES, LUIS; y HERMAN NYS; los primeros en: "La libertad del hombre y el genoma", en; *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol I, 1994, pág. 231-240, y el segundo en: "Límites penales en la experimentación genética en el contexto europeo", en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol III, 1994, pág. 261 y ss, se manifiestan en contra de la permisibilidad de la intervención genética sobre células de la línea germinal **aunque la finalidad sea curativa**, ya que compromete el futuro de la progeñe humana, al considerar a las células germinales patrimonio de toda la humanidad. No obstante, HERMAN NYS, a pesar de pronunciarse en contra, considera desventajoso prohibir legalmente la práctica de la terapia germinal bajo sanción penal porque se impediría la continuidad de los debates sobre los aspectos éticos y técnicos.

³⁸⁷ Ver; "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, ob cit , pág. 208.

de los fines y en los supuestos que ahí mismo se expresan, destacándose entre ellos; el fin de diagnóstico de enfermedades genéticas o hereditarias para evitar la transmisión o su cura, y; el fin terapéutico, principalmente para seleccionar el sexo en caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales, o para crear mosaicos genéticos beneficiosos por medio de la cirugía, transplantando células, tejidos u órganos de los embriones o fetos a los enfermos a quienes haga falta.

Por su parte, la Ley 35/1988 dispone en el artículo 16.1 que se autoriza la práctica de un cúmulo de investigaciones, dentro de las cuales se comprenden: art 16.1.b; La investigación básica sobre el origen de la vida humana así como sobre la división celular, etc; 16.1.e: La investigación sobre la estructura de los genes y los cromosomas, su localización, identificación y funcionalismo, así como los procesos de diferenciación sexual en el ser humano; 16.1.i: Las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, etc.

Y al considerar en un principio esta misma Ley, incluso antes de la reforma al CPE de 1995, como infracción muy grave la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados (art 20.2.B.n), quiere decir que el legislador en España se pronunció por su permisibilidad excepcional, autorizando la manipulación genética de cualquier clase de célula, incluso germinal, cuando la finalidad sea terapéutica.

Por tanto, no hay duda que el reto consiste en señalar un lugar apropiado que limite los usos y aplicaciones de la tecnología e ingeniería genética, pues así como el silencio del legislador resulta perjudicial, una legislación precipitada en todo tipo de intervención genética puede entorpecer también el desarrollo de tratamientos médicos que permitirían, indudablemente, sanar y salvar muchas vidas humanas. "La sociedad debe cuidar al máximo la libertad de investigación, pero debe estar atenta a no perder la oportunidad de un control eficaz del poderío técnico resultante"³⁸⁸. En términos llanos, debemos crear leyes que protejan a los seres humanos y al mismo tiempo no entorpezcan la investigación y el desarrollo de la ciencia con sus consecuentes beneficios.

No obstante ello, es decir, que los Ordenamientos jurídicos deberían tender hacia el equilibrio entre una legislación restrictiva y permisiva a la vez en ésta materia, lo que a nosotros significa que el Derecho debe crear normas que tutelen el derecho a una herencia genética que no haya sido artificialmente modificada o alterada pero haciendo una clara salvedad o excepción a las intervenciones sobre células de la línea germinal cuando la finalidad sea estrictamente curativa, oponiéndose a la manipulación

³⁸⁸ BERGEL DARÍO, SALVADOR: "Límites éticos y jurídicos a la investigación en genética humana" Revista de la Sociedad Internacional de Bioética, enero - junio 2000, pág. 17.

genética de mejora, y cuyo criterio, según hemos visto, puede verse recogido por la legislación española a través de los artículos citados, así como en el artículo 159 del Código Penal vigente que será objeto de reflexión en la tercera parte de nuestro trabajo, tanto la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 en su artículo 29º cuanto el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1996 en su correlativo artículo 13º han prohibido, sin realizar distinción alguna, las intervenciones que tengan por objetivo las modificaciones del genoma humano, ello es, la terapia u actuaciones en células de la línea germinal³⁸⁹ o no diferenciadas³⁹⁰ por considerar que constituyen prácticas contrarias a la vida y dignidad humana cuyos derechos se encuentran consagrados dentro de la Convención Europea de los Derechos Humanos³⁹¹.

f.3) Clonación.

³⁸⁹ Esa postura restrictiva también fue adoptada por el Comité Nacional de Bioética de Italia a través de su Dictamen de fecha 15 de febrero de 1991 sobre la terapia génica, mismo que concluyó la terapia génica en línea germinal "en su estado actual", no puede ser propuesta ni puede ser admitida por un conjunto de motivos técnicos, jurídicos, éticos, etc.

³⁹⁰ Esta postura adoptada finalmente en el Convenio de Europa atravesó por varias direcciones, tal y como se puede apreciar a través de varios documentos previos, entre ellos: El Apéndice de la Recomendación 1046 de 1986 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, que expresamente dispuso que la terapia realizada sobre embriones o sobre fetos nunca deberá tener influencia sobre sus características hereditarias no patológicas, ni tener la finalidad de la selección de la raza; El Apéndice de la Recomendación 1100 de 1989 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica titulado "Investigación científica y/o experimentación sobre gametos, embriones y fetos humanos y donación de elementos de dicho material humano", inciso G), artículo 18, párrafo cuarto, última parte que ya señalaba; **"debe prohibirse toda intervención terapéutica sobre la línea germinal"**; En la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, en la que insiste que deben prohibirse categóricamente todos los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos, exigiendo incluso la penalización de toda transferencia de genes de células germinales humanas, y; En el Anteproyecto de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 4 de marzo de 1996, artículo 7º que recomendaba, aunque a nuestro juicio estableciendo otra vez una excepción, que "no se podrá practicar ninguna intervención en el genoma de un ser humano con fines científicos, terapéuticos o de diagnóstico, *sin una previa evaluación rigurosa de los riesgos y ventajas que pueda acarrear*, ni sin el consentimiento previo, libre y fundado del interesado o, si procede, de sus representantes legítimos, guiados por el interés superior de aquél.

³⁹¹ Lo cual, en opinión del profesor Romeo Casabona, constituye una postura radical y poco matizada para un instrumento jurídico de tan amplio alcance y vocación universal, pues dicha prohibición cierra por completo la posibilidad de la terapia genética (así como la referida a la prohibición a toda clonación reproductiva sin distinción alguna) correctamente encauzada dentro de un marco precavido y ciertamente limitado. Cfr. ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "El genoma humano, objeto del Derecho Internacional", Revista de la Sociedad Internacional de Bioética, enero - junio, 2000, pág. 29.

f.3.1) Estado de la cuestión.

Incuestionablemente, lo que la ciencia actual es capaz de hacer nos deja perplejos, pues hasta hace no muy pocos años pensar en clonar seres humanos parecía una idea que pertenecía sólo al mundo de la ciencia ficción y de ALDOUS HUXLEY. Ante las cada vez más actuales posibilidades tecnológicas, las voces de alarma y las voces de optimismo no se hacen esperar.

Obviamente, para poder ubicarnos en el centro de la discusión acerca de su permisibilidad ética o de su prohibición jurídica y viceversa, es necesario precisar las finalidades que, teóricamente, se han señalado para fundamentar cada una de las técnicas de clonación reproductiva y no reproductiva en seres humanos.

En primer lugar, se ha argumentado que la técnica de gemelación o separación embrional podría ser útil en el tratamiento de la infertilidad, principalmente para el caso de mujeres que recurren a la reproducción asistida y en las que resulta muy difícil obtener óvulos³⁹².

En segundo lugar, respecto de la transferencia nuclear a partir de células embrionarias o fetales, se cavila principalmente en dirección a las aplicaciones que en materia de obtención de tejidos y órganos sería posible alcanzar, con los consecuentes beneficios para la salud de los seres humanos, y en relación a su utilización mediata como técnica reproductiva e inmediata como una técnica curativa para el tratamiento de enfermedades mitocondriales, cuya transmisión se evitaría, o trasladando el núcleo de un blastómero - proveniente de un embrión obtenido por fecundación in vitro, y que posee mitocondrias defectuosas - a un citoplasma de un óvulo donado y enucleado, o a través de la transferencia del núcleo del óvulo de una mujer, a un óvulo donado, previamente enucleado, para fecundarlo posteriormente con el semen del marido, concubino o de un tercero³⁹³.

En tercero y último lugar, respecto de la transferencia de núcleos a partir de células de individuos ya nacidos, se vislumbran dos potenciales finalidades o

³⁹² Véase; ROBERTSON, A JOHN: "The question of Human Cloning", Hasting Center Report, marzo - abril, 1994, pág. 6-14, quien sostiene que la división embrional para soportar y mejorar los tratamientos contra la infertilidad - reproducción asistida, deben estimarse razonables y por ello permitidos.

³⁹³ Para el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 197, este supuesto no se trata de una técnica de clonación, sino de una técnica que también recurre a la transferencia de núcleos.

aplicaciones, a saber; como técnica de reproducción asistida en casos de infertilidad³⁹⁴ y; al igual que en el caso de la clonación a partir de núcleos de células embrionales o fetales, como fuente de obtención de células, tejidos y demás material biológico humano.

Es decir, dado que es posible apreciar todo un cúmulo de potenciales riesgos pero también de beneficios como consecuencia del desarrollo de esos procedimientos, convencionalmente denominados "clonación", es indudable entonces que su valoración no puede ser intrínsecamente positiva o negativa, sino que, una vez más, hay que atender a los fines que motiven y presidan la acción, así como a los medios que la acompañen³⁹⁵.

Por ende, no hay que extrañarse cuando desde una idéntica perspectiva, por ejemplo, ética o jurídica, el desarrollo de una misma técnica o tecnología aplicada al ser humano alcance un juicio de valor totalmente contrario y diferente en atención a las finalidades y, por supuesto, a sus consecuencias³⁹⁶.

Por tanto, es concebible identificar una serie de actitudes o características que bien podrían definir, respecto de la clonación, una especie de postura básica ética, y cuyas principales premisas, a nuestro juicio, fueron recogidas por tres recientes documentos, dos elaborados en España y uno en el seno de la Comunidad Europea. Nos referimos al primer Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, al Informe Sobre la Clonación y al Dictamen del Grupo de Asesores sobre Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea que dio origen al Protocolo adicional a la Convención para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana en relación con la Biología y la Medicina sobre la prohibición de clonar seres humanos.

³⁹⁴ En esa línea argumental, el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit pág. 65, concluyó que éste tipo de clonación ("clonación verdadera") podría interpretarse como una técnica no convencional de fecundación asistida.

³⁹⁵ En contra Bellver Capella: "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", ob cit, pág. 51, 59-60, para quien, sea cual sea el fin, desde el más perverso hasta el más justificable, la clonación de seres humanos no es ni neutral ni su valoración depende de los objetivos perseguidos, sino que es ilícita en si misma al ser innato a su desarrollo el resultado de desproveer de padres biológicos al nuevo ser humano.

³⁹⁶ Afines a nuestro planteamiento; BOADA, M; DEXEUS, S; BARRI, P.N: "Clonación en Reproducción Asistida", Revista de la Sociedad Internacional de Bioética, enero - junio 2000, pág. 12 y 13, quienes expresamente señalan que "las implicaciones éticas que comportan las diferentes técnicas de clonación son distintas según se trate de una clonación con fines reproductivos o una clonación no reproductiva, por lo que las posibilidades de su aplicación deberían analizarse independientemente".

En ellos es posible observar que se recogen como importantes cuestionamientos éticos derivados de la clonación, el referido al respeto al ser humano en las primeras fases de su desarrollo, ya sea que ello se argumente en torno al orden de la naturaleza, a la dignidad del ser humano o - y a nuestro juicio el más controversial -, el carácter de la realidad embrionaria en sus diferentes estadios.

Consecuentemente, una vez más, de la postura que se adopte sobre el momento en que se determina el inicio de la vida humana, dependerá el juicio de permisibilidad o no de las diferentes modalidades y técnicas de clonación, pues si partimos de la idea de que existe ya absoluta individualidad en el preembrión, la valoración ética e incluso jurídica de su creación y/o destrucción como parte del desarrollo de la misma técnica de clonado tenderá a ser negativa³⁹⁷, mientras que si partimos de la afirmación de que existe un periodo de indeterminación embrional, en el que cada una de las células totipotentes si bien pueden dar lugar a un nuevo ser, no se consideran en esas primeras fases que se está ante un ser humano, la valoración ética y jurídica tenderá a ser positiva.

Y es precisamente en esa ambivalencia en que, tal y como destaca el Informe Sobre la Clonación, el pluralismo obligará a respetar las ideas que no se compadezcan con la posición personal e incluso mayoritaria, pero también obligará a realizar una deliberación racional sobre los fines y valores que se asumen en cada posición. Es decir, el que haya pluralismo no significa que no se deba o pueda alcanzar, en función del fin perseguido, una determinación que incorpore indudablemente un juicio de valor que, incluso, en ocasiones, pueden terminar por ser consagradas como normas jurídicas e incluso penales.

Así entendido, para deliberar racionalmente sobre la permisibilidad o no de las técnicas de clonación hay que atender a los fines para los que se pretendan aplicar. "El problema es pues la racionalidad de los objetivos y los fines al servicio de los cuales se ponga la clonación"³⁹⁸.

Por lo tanto, vamos a separar nuestro análisis partiendo de las distintas finalidades y métodos que, teóricamente, son posibles de imaginar en el terreno de la clonación humana.

³⁹⁷ Ver; MCCORMICK, R.A: "Blastomere separation: Some concerns"; Hasting Center Report, 24, 1994, pág. 15. La potencialidad del embrión para ser futura persona demanda no interferir con ese potencial.

³⁹⁸ INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit ,pág. 140 y 141.

En el terreno de la clonación reproductiva, también desde un plano ético hay quienes consideran que con ella, la total exclusión de la relación sexual y la total separación entre los objetos unitivo y procreativo de la sexualidad tendrá mayores repercusiones en todas las relaciones humanas, ante la radical separación entre el contacto sexual y la procreación, lo que lleva a cuestionar si la entera racionalización de la procreación y su sustitución por la producción en serie podría llegar a significar la abolición de la personalidad del hombre. Si así lo entendiéramos, "este procedimiento prepara el camino para una sociedad sin padres manipulada más a fondo. Con la abolición de la relación biológica normal se verá rudamente amenazado el compromiso irreversible de adultos concretos con niños concretos"³⁹⁹.

En el plano jurídico, la opinión general que puede recogerse en la doctrina es prácticamente uniforme. Cualquier forma de clonación reproductiva humana implica intervenir en la autenticidad genética del hombre, adulterándola⁴⁰⁰, destruyendo el derecho a la identidad genética, a la individualidad y a la inviolabilidad de la naturaleza humana, lesionando la dignidad humana⁴⁰¹, en virtud de que se priva al hombre del derecho a ser biológicamente único y original⁴⁰², lo que repercutirá en el libre desarrollo de su personalidad.

Por ello se afirma que, con la clonación reproductiva, la pérdida de autonomía del ser humano llega a su cima, pues si desde el punto de vista biológico, la independencia supone que la dotación genética humana no este determinada por otros

³⁹⁹ CALLAHAN, DANIEL: *New Beginnings in Human Life, A Philosopher's Response* en M. Hamilton, *The New Genetics and the Future of Man*, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan, pág. 102.

⁴⁰⁰ ESER, ALBIN: "La Moderna Medicina de la Reproducción e Ingeniería Genética", ob cit, pág. 289.

⁴⁰¹ Un capítulo o sección especial del comité Brenda en Alemania estuvo dedicado al estudio de aspectos específicos de la clonación y la creación de quimeras e híbridos. El reporte resumió la idea general de que el uso de los métodos de clonación (división o separación de células embrionarias o el trasplante nuclear) es inadmisibles en seres humanos y representa una amenaza seria a la dignidad humana. De igual manera, tanto la **Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos** en su art 11º a considerado que la clonación con fines de reproducción humana es contraria a la dignidad humana, y el **Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, sobre la prohibición de clonar seres humanos**, de fecha 12 de enero de 1998, ha vinculado expresamente (Exposición de motivos) esa prohibición (art 1º) con la dignidad humana. En sentido contrario, en los EUA la National Advisory Board on Ethics in Reproduction la considera aceptable en algunas situaciones particulares.

⁴⁰² MANTOVANI, FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection" ob cit, pág. 96 - 104. Del mismo, "Problemas penales de la manipulación genética", ob cit, pág. 23. ESER, ALBIN: "Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán". La dignidad humana comporta la garantía de la peculiaridad individual y la autenticidad de la persona.

seres humanos; en la clonación reproductiva se produce una destrucción del concepto de personalidad, ya que no sólo se manipula la información genética de una persona, sino que se lleva a cabo una duplicación de una información ya existente, por lo que la individualidad del ser clonado queda completamente suprimida⁴⁰³.

En tal virtud, la clonación reproductiva plantearía problemas obvios relativos a la aceptabilidad social y ética de un grupo de gentes que manufacturará a otro grupo con características genéticas preestablecidas⁴⁰⁴.

Ahora bien, en la medida en que la información genética contenida en las células (diploides o haploides) sea reconocido como un todo de la persona humana, implicará aceptar que la preexistencia de una célula de un donante controlará el destino, incluso "genético", de otra persona, lo que puede llevarnos a entender que todos los aspectos importantes de la vida del donante serán replicados en el clon y esto dará forma a las expectativas en cuanto a sus habilidades, creando en el clon una sensación y experiencia de una vida robada y de absoluta indeterminación.

Bajo esta perspectiva, los opositores a ella insisten en que si algún verdadero mal existe en el esfuerzo destinado a clonar un ser humano, éste se encuentra en buscar vivir una vida a través de otra, y por ello el argumento más utilizado en contra de la clonación humana es que va contra la naturaleza y rompe la más auténtica forma de descubrimiento de sí mismo, comprometiendo la libertad personal en nombre del avance de la ciencia, porque limita la individualidad y originalidad de los seres humanos⁴⁰⁵.

En palabras de JAVIER GAFO "un hijo clónico sería un ser al que se le ha asfixiado la autenticidad de ser él mismo, la libertad de descubrirse a sí mismo, a sorprenderse a

⁴⁰³ SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G y MARTÍN, J, C: *Ética y genética*, ob cit, pág. 112. No obstante, la afirmación que realizan los autores debe precisarse pues, según observamos, la clonación humana no conlleva una manipulación o alteración genética.

⁴⁰⁴ Así, CALLAHAN, DANIEL: *Human Rights: Biogenetic Frontier and Beyond*, Hospital Progress, pág. 83.

⁴⁰⁵ En sentido similar; ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA : "¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 6, 1997, pág. 31, afirma que la creación de seres humanos idénticos por clonación puede comportar un atentado a la identidad e irrepetibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás cuando ello ha sido predeterminado deliberadamente por los otros seres humanos.

sí mismo y a los otros con lo que uno encierra dentro de sí. Se lesiona un derecho fundamental, que pertenece inevitablemente a la libertad existencial⁴⁰⁶.

Según se observa, de los tres argumentos básicos antes señalados para oponerse a la clonación reproductiva humana, pueden ya destacarse dos de ellos: a) es un método que va contra la naturaleza, y; b) ataca el principio fundamental de la dignidad humana, en tanto destruye y lesiona el derecho a la unicidad, individualidad, irrepetibilidad, identidad, intangibilidad y personalidad de la futura persona.

No obstante, sus partidarios consideran que en realidad, independientemente de que con la clonación el genoma humano no se modifica, el hombre ha manipulado desde hace mucho tiempo a los seres vivos, no siendo esto un fenómeno nuevo de nuestra sociedad, y que es falso afirmar la existencia del tal determinismo genético, pues no puede dejar de considerarse la influencia del ambiente, *nurture vs nature*, en la personalidad del individuo y de los otros seres vivos, inclusive.

Y no hay duda que, es éste uno de los puntos en donde encuentro que el debate entre los especialistas en ésta materia y los éticos y juristas debe centrarse, pues en realidad tendremos que revisar y analizar con mucho cuidado si en verdad un ser humano producto de una clonación estará condicionado o limitado individualmente por su origen genético, o si en realidad, reconociendo la influencia del ambiente, del medio externo y sobre todo de la libertad de la que gozamos interiormente los individuos, segundo a segundo de nuestra existencia, el desarrollo de la persona, y por ello su individualidad, no estará condicionado ni será psicológicamente duplicado del dador de su contenido genético.

Antes de entrar en éste determinante debate, considero conveniente retomar algunas de las premisas fundamentales a las que hemos hecho alusión en el desarrollo de este trabajo, y que servirán para ilustrar el estado actual de la polémica y, subsecuentemente, para derivar nuestra postura sobre el particular.

Hemos visto ya, que salvo las llamadas células madre, embrionales y las germinales, todas las células corporales contienen la información genética completa, y por tanto, no se diferencian en cuanto a sus inventarios genéticos, sino por su actividad, y que los patrones de actividad genética específica son la consecuencia de los

⁴⁰⁶ GAFO FERNÁNDEZ: "El nuevo Homo Habilis", ob cit, pág. 168. En el mismo sentido; ESER, ALBIN, para quien la clonación lesiona la dignidad humana en virtud de que ella comporta también la garantía de la peculiaridad individual y la autenticidad de la persona. Cfr: "Genética humana desde la perspectiva del Derecho Alemán", ob cit, pág. 359 y 360.

correspondientes procesos evolutivos que resultan de la *interacción compleja* de factores endógenos, genéticos y exógenos, es decir, de la influencia del entorno⁴⁰⁷.

En cambio, la composición química de la masa hereditaria posee uniformidad, pues consta tan sólo de cuatro componentes; la adenina, timina, citosina y guanina, enlazadas entre si mediante el ácido fosfórico. De esta forma, hablar de un gen aislado no es sino el resultado de la combinación de esos componentes, por lo que el modelo estructural del ADN en forma de doble hélice facilita la duplicación idéntica del genotipo y la codificación de la información genética.

“Todos ellos son procesos que siguen el mismo curso en prácticamente todos los organismos y a raíz de esta coincidencia interespecie de los procesos vitales básicos se comprende también porque hoy se puedan transferir, mediante la ingeniería genética, los factores genéticos humanos a unos microorganismos y desarrollar en ellos una actividad genética. Por tanto no se hereda la característica genética visible, por ejemplo, el color de los ojos o una propiedad determinada (la inteligencia) sino tan sólo la información necesaria para desarrollar dicho rasgo..... Por tanto, es condición imprescindible para todo análisis genético hacer constar los cambios de los rasgos hereditarios que se transmiten y con ello hacen posible su identificación y, en consecuencia, también la descripción de su estructura molecular. En cambio, el análisis científico falla cuando se trata de propiedades psíquico - mentales, tales como la inteligencia o el carácter, difíciles de cuantificar de forma objetiva e imposibles de demostrar con regularidad en la progenie. He aquí la razón principal de porqué en los últimos años el análisis causal de los rasgos psíquico - mentales casi no ha registrado avances en comparación con el análisis de las características monogénicas, lo que constituye al mismo tiempo una prueba de que no es posible la determinación de las características psíquico mentales normales mediante los métodos de la biología molecular, menos aún su manipulación selectiva, una situación que difícilmente cambiará en el próximo futuro”⁴⁰⁸.

En efecto, por lo que al primer argumento se refiere, es decir que va contra la naturaleza, los defensores de la clonación reproductiva lo refutan y lo tachan de rayar en lo intangible pues aplicado al ser humano, con una notable excepción, los gemelos idénticos, no es real, ya que “los gemelos idénticos son genéticamente idénticos y

⁴⁰⁷ Cfr; SPERLING, KARL: “Ingeniería Genética y Medicina Genética”, en, Ingeniería genética y reproducción asistida, Marino Barbero Santos Editor, Madrid, 1989, pág. 111.

⁴⁰⁸ Ibídem; pág. 112 - 115.

comparten muchas características; sin embargo, quien haya conocido gemelos idénticos reconoce a cada uno como un individuo orgulloso de ser gemelo⁴⁰⁹.

“A los gemelos idénticos les han sido entregadas dos almas por la iglesia y dos votos por el estado, y no uno sólo”⁴¹⁰. En otras palabras, el argumento alegando individualidad genética y autonomía es retado y evidenciado por la única y propia experiencia humana.

Sin embargo, debe quedar claro que lo anterior no es un argumento para justificar la clonación reproductiva, sino para mostrar que en realidad, la identidad del contenido genético no suprime la personalidad e individualidad de la persona, pues la misma realidad humana evidencia que los seres humanos “clonados” naturalmente (gemelos monocigóticos) tienen personalidades propias y únicas, ya que experimentan influencias externas distintas, por lo que no puede sostenerse como factor determinante para prohibir la clonación reproductiva el hecho de que un ser humano tenga el mismo genoma que otro, “pues la individualidad y la identidad personal del ser humano no se agota en su dotación genética, sino que son el resultado de un desarrollo que se consume en interacción con el ambiente”⁴¹¹.

Sobre este particular, el mismo Dictamen del Grupo de Asesores sobre Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea⁴¹², literalmente señaló:

“Los gemelos monocigóticos nos muestran a individuos genéticamente idénticos que distan mucho de ser idénticos. Pueden diferir entre sí no solo físicamente, sino también psicológicamente, en términos de personalidad. Los individuos clonados, mediante transferencia nuclear a partir de la célula de un adulto serían, por supuesto, aún más diferentes que el donante, ya que tendrían diferentes poblaciones mitocondriales; serían distintos en edad y habrían tenido un distinto entorno, tanto antes como después del nacimiento y una diferente educación. No estamos hechos sólo de nuestros genes”.

⁴⁰⁹ EDWARDS G, ROBERT, SEIDEL E, GEORGE JR y HOWARD W, JONES JR: “On attempts at cloning in the human, Fertility and sterility”, The American Fertility Society, Vol 61 - Nº 3, pág. 425.

⁴¹⁰ DECLAN BUTLER y WADMAN MEREDITH: “Calls for cloning ban sell science short”. Nature Magazine, 1997, Vol 386, pág. 8.

⁴¹¹ ESER, ALBIN, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR TANNER, Y ERNST - LUDWIG WINNA CKER: “La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético jurídica”. Revista de Derecho y Genoma Humano. Nº 9, julio - diciembre 1998, Universidad de Deusto, Bilbao, pág. 99 y 100.

⁴¹² Dictamen Nº 9 de 28 de Mayo de 1997. Véase; “Aspectos Éticos de las técnicas de clonación, Dictamen del Grupo de Asesores sobre Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea, pág. 236-237. El subrayado es nuestro.

Según este dictamen, no sólo no habrá una personalidad determinada sino que ni siquiera es válido afirmar (en la clonación reproductiva vía transferencia nuclear de una célula adulta) que el ser humano así concebido será genéticamente idéntico⁴¹³, porque los citoplasmas de sus células son diferentes y porque no han compartido un ambiente intrauterino común⁴¹⁴.

Por tanto, es evidente que “los genes no generan conductas sino a través de complejas mediaciones, en las que la estructura social desempeña un papel importante. El componente de agresividad se agudiza o suaviza al tenor de las condiciones de existencia de los individuos. Todas las acciones suscitadoras de violencia son opcionales, no proceden de un instinto agresivo que obligue al hombre a llevarlas a cabo. Hay muchos que no lo hacen y los que lo hacen es en función de decisiones que podrían no tomarse. No se trata de violencias causadas, sino de agresiones que son el resultado de decisiones tomadas. En el hombre hay naturaleza y libertad”⁴¹⁵.

En otras palabras, es innegable la influencia de los genes y del ambiente en el comportamiento humano⁴¹⁶, por lo que no puede reducirse al ser humano a su genoma, al haberse demostrado que la conducta humana está profundamente influida por el entorno en que el individuo se ha creado y en que vive⁴¹⁷, y que los principales

⁴¹³ El Dictamen del Grupo de Asesores sobre Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea, después de distinguir entre la clonación vía separación embrional, en la que tanto los genes nucleares como los mitocondriales serán idénticos, y la clonación vía transferencia nuclear, en cuyo caso sólo serán idénticos los genes nucleares, precisa que a efectos del Dictamen el término “genéticamente idénticos” debe significar compartir el mismo material genético nuclear. Véase; “Aspectos Éticos de las técnicas de clonación”, ob cit, pág. 234.

⁴¹⁴ A éste respecto, se ha señalado que el hecho de que un ser humano derivado de un método de clonación reproductiva vía transferencia de un núcleo coincidirá sólo en un 99% con el del original - dado que el 1% restante pertenece al citoplasma que se ha suprimido en la transferencia misma - no obsta para que jurídicamente (a efectos de la figura típica penal) no se considere a éste ser clonado como un ser idéntico, pues lo decisivo no es un concepto matemático de identidad sino un concepto jurídico del mismo. Ver: ESER ALBIN, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR TANNER Y ERNST - LUDWIG WINNA CKER: “La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético jurídica”, ob cit, pág. 104.

⁴¹⁵ BUENO ARÚS, FRANCISCO: “El genoma humano: Aspectos legales”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 73 y ss.

⁴¹⁶ Así también; DE LA CUESTA, JOSÉ LUIS: “El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 67, y; SIELIG, citado por RUIZ VADILLO, ENRIQUE: “Las alteraciones genéticas provocadas y el Derecho penal”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, 1994, pág. 153, quien afirma que la genética dominante rechaza la posibilidad de la transmisión hereditaria de caracteres adquiridos.

⁴¹⁷ OLIVER GUILLOD, DOMINIQUE SPRUMONT: “El legado genético y el principio de culpabilidad”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 110.

problemas que afligen a los seres humanos no se deben a sus cuerpos, células o cerebros, sino al entorno⁴¹⁸.

Insisto, el argumento de que la clonación reproductiva suprime la individualidad e identidad del ser humano parece desmoronarse, ya que, por llamarlo de alguna manera, la **“identidad mental”** de un clon (ser humano clonado) es, técnica y científicamente hablando, un imposible⁴¹⁹.

Además de su inaplicabilidad, desde mi punto de vista, el argumento en contra de la clonación reproductiva consistente en que con ella se lesiona la dignidad humana al suprimir la personalidad e individualidad de la persona, vía la vinculación entre los genes y el comportamiento, constituye un retorno (¿quizá inconsciente?) a la memorable teoría, ya superada, de Lombroso en su obra *L'Uomo Delinquente* publicada en el año de 1876, el cual a grandes rasgos negaba la noción de libertad humana al considerar que el delincuente no era sino resultado de su condicionamiento previo o determinismo físico⁴²⁰.

La teoría de LOMBROSO fue simplemente superada, pues sin libertad (frente al determinismo que sostenía) era imposible entender la culpabilidad como algo más que la realización de una conducta esperada, creada a lo largo de un proceso del cual el hombre era sólo un instrumento carente de autodeterminación⁴²¹, en la que la persona

⁴¹⁸ En esta línea de pensamiento, PARRISIADOU, FROSSO, textualmente señala que se rebela ante la idea de que los seres humanos no somos más que entidades biológicas, o instrumentos y herramientas de que se han valido los genes para sobrevivir, tal y como lo defiende el determinismo, preguntando, con atinada razón ¿qué es lo que intentamos hacer con la educación a lo largo de toda la vida, o cuándo pretendemos reformar y rehabilitar al delincuente en lugar de imponerle una pena, si los genes son los responsables de todo? Ver; PARRISIADOU, FROSSO: “El legado genético y el principio de culpabilidad”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, 1994, pág. 105 -108.

⁴¹⁹ Dicho en palabras del Director del Instituto MAX PLANK de Freiburg, Alemania, DR. DAVOR SOLTER, “las personas que quieren clonar por razones egoístas no se dan cuenta de que clonar no es duplicar”. Véase nota periodística del día Sábado 23 de Octubre de 1999 titulada; “Clonación. El mito devaluado del Proyecto Genoma Humano”.

⁴²⁰ HOLTZMAN, A. NEIL: “Alegaciones y pruebas”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol I, 1994, pág. 278 y ss, considera que atribuir que los genes contribuyen en forma decisiva a las situaciones de delincuencia, es decir, que determinan la conducta del individuo, es una visión simplista de arrojar la existencia de problemas complejos a causas simples, en este caso a los genes. “La solución genética absuelve a la sociedad de la responsabilidad que ésta tiene en relación con problemas complejos. En la misma línea de pensamiento; TORIO LÓPEZ, ANGEL: “Individualidad biológica y culpabilidad”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 123, advierte que el pensamiento penal debe estar prevenido frente a una nueva reaparición del criterio excluyentemente biológico.

⁴²¹ No obstante, la falta de libertad que se atribuía a los delincuentes no daba lugar dentro de la dogmática penal a la exención de la responsabilidad criminal sino a la conceptualización de esta

no ejecuta una conducta libre, sino que obedece a pautas innatas que se hallan en su estructura biológica⁴²².

Pero, sí la teoría penal abandonó hace ya tiempo la idea de un determinismo en la conducta del delincuente (individuo), negando su existencia, ¿cómo puede ser utilizada ahora como argumento por aquellos juristas que se pronuncian en contra de la permisibilidad de la clonación humana?

Quizá no se den cuenta que cuando pretenden fundamentar la prohibición de la creación de seres humanos a través de las técnicas de clonación, afirmando que la dignidad humana se lesiona porque se suprime o duplica la individualidad e identidad genética, y consecuentemente la personalidad del futuro ser, están convalidando lo que por otro lado han pretendido negar (se contradicen); esto es, el determinismo en o de la conducta humana. Aceptar ello, aunque sólo sea para los efectos de la clonación humana, implica afirmar que si no hay libertad no puede haber culpabilidad por el hecho cometido, consecuentemente inevitable y nunca querido. O en términos de JESCHECK, el principio de culpabilidad presupone la libertad de decisión del hombre, pues sólo si existe la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales⁴²³.

Sí en el ámbito penal exigimos para poder afirmar que un delito se ha cometido, que se hayan satisfecho con la conducta los elementos normativos, descriptivos, objetivos y subjetivos del tipo, lo que requiere un cierto grado de voluntariedad o negligencia, quienes pretenden apoyar la prohibición de la clonación humana bajo el argumento señalado, deberían entonces estar conscientes de que el fundamento de la noción de la culpabilidad jurídico penal habría que modificarlo, y con ello aceptar que ante la ausencia de libertad, a ninguna persona, clonada o no, podrá reprochársele conducta alguna dado que el sujeto infractor de la norma, ha actuado, siempre, sin libertad⁴²⁴.

última como responsabilidad social. Cfr; BUENO ARÚS: "El genoma humano: Aspectos legales", ob cit, pág. 75 y ss.

⁴²² Así, HIGUERA GUIMERÁ: *El Derecho penal y la Genética*, ob cit, pág., 162.

⁴²³ Cfr; JESCHECK HANS: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Bosch, Barcelona 1981, pág. 562 y ss.

⁴²⁴ Resulta atinado lo expresado por HUERTA TOLCIDO, SUSANA: "El legado genético y el principio de culpabilidad", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 95, al señalar que los avances genéticos tendrán una modesta incidencia en el ámbito jurídico penal, pues aún y cuando se descubriera un determinado gen que predispusiera absolutamente a un individuo a cometer un específico tipo de delito, "no creo que pueda individualizarse, por mucho que progreseemos, el gen de la criminalidad en general", pues, cita como ejemplo, "no veo cómo puede haber un gen que suponga o que implique forzosamente una proclividad a cometer delitos fiscales o monetarios". En sentido contrario, TEKESCHLICHT, ALBERTO: "Genoma humano y culpabilidad: Un problema médico

No pocos autores han propuesto que la causa principal de la errónea concepción sobre la clonación reproductiva, obedece probablemente a las vagas nociones que un gran número de personas han propagado y que han sido rutinariamente atribuidos o asociados con la creación de personajes monstruosos. Pero, ¿puede esto ser posible, es decir, la ciencia es capaz de reproducir, no seres humanos, sino personajes o personalidades?⁴²⁵.

Tan sólo suponer que así fuera, implicaría asumir que la persona, antes o después de los veinte años, es el resultado sólo de su herencia genética sin conceder ni considerar la influencia del medio ambiente, lo que es científicamente incorrecto pues esta afirmación o conclusión ha sido expuesta frente a los estudios realizados, entre otros, con gemelos idénticos que, como ya señalamos, efectivamente comparten gustos similares pero son muy diferentes en su entorno social.

Ejemplos que servirán para que se comprenda mejor lo anterior son los citados por THEODOSIUS DOBZHANSKY en la línea seguida por la ecología, y por OTTO TRIFFTERER, en relación a las condiciones del comportamiento humano sobre las que el Derecho penal basa su enjuiciamiento.

DOBZHANSKY destacó que el reconocimiento de la conexión entre contaminación ambiental y la salud pública han inducido a intensos estudios acerca de los peligros que acarrearán a la salud las mutaciones genéticas⁴²⁶. "La primera prueba de que los factores de polución ambiental pueden ejercer un influjo en la constitución genética de la

legal"; *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 114, considera que cuando el Proyecto Genoma Humano se concrete, la incidencia en el ámbito penal será mayúscula, pues aparecerá un nuevo y necesario análisis de culpabilidad y su juzgamiento. En la misma dirección; DAUSSET, J: "La revolución genética" en; ABC de 23 de agosto de 1992, quien sostiene que el poder de la genética será tal que no sólo resultará factible detectar predisposiciones patológicas, sino inclusive, el conjunto de las características de los comportamientos eventuales de una persona; PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 30-32, el cual sostiene que no es conveniente minimizar la trascendencia de estos avances en la investigación por el simple hecho de que no lleguen al corazón de la dogmática.

⁴²⁵ La respuesta a ésta interrogante la han proporcionado los mismos ingenieros genéticos al establecer que para saber qué clonar, es necesario saber y evaluar las completas características desarrolladas como adulto, lo que en los seres humanos no acontece sino hasta quizá los veinte años.

⁴²⁶ Cfr del autor citado: *Diversidad genética e igualdad humana*, Traducción de Manuel Monge Camio, Barcelona, 1978 y ; *Herencia, Raza y Sociedad*, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1950.

población futura fue aportado hace décadas por el descubrimiento de que una alta radiación de energía origina mutaciones"⁴²⁷.

Por su parte, OTTO TRIFFTERER, citando la experiencia de un ensayo desarrollado en Salzburgo, denominado "caso dudoso psiquiátrico y jurídico desde el punto de vista del Derecho Penal" y que pretendía explicar, como ya señalamos, la estructura del control del comportamiento humano, destacó como la experiencia confirmó que una gran cantidad de factores externos pueden influir en la facultad perceptiva de un delincuente en circunstancias concretas y en un caso específico, poniendo de relieve el hecho de que el cerebro se forma en gran medida por estímulos externos y que estas influencias o estímulos del entorno estructuran nuestro cerebro, en especial la inteligencia, pero también el nivel emocional, inclusive más que las propensiones genéticas, sin ser registradas de forma reconocible en el genoma.

Por tanto, señaló que los factores externos al genoma no sólo afectan al cerebro en si, sino a todos y cada uno de los procesos cerebrales, y que por lo tanto, debido a la considerable importancia de las influencias externas, nunca será posible llevar a cabo un enjuiciamiento completo de la facultad perceptiva y de la inteligencia por medio del análisis genético⁴²⁸.

Esta misma conclusión quedó asentada dentro del capítulo II, bajo el apartado denominado "El proceso biológico. Factores genético y ambientales" del texto final del ya mencionado Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, mejor conocido como el "Informe Palacios". El informe expresamente señaló:

"parece existir coincidencia en que la expresión última del desarrollo humano (llegar a ser un ser humano) sea el comportamiento (potencialidad global). Esto incluye dos aspectos; el comportamiento genéticamente determinado (potencialidad genética) de por si parcial e incompleto y que además puede ser contradictorio en la especie humana, cual es el caso de los gemelos monocigóticos, que no teniendo un carácter hereditario genético, son individuos idénticos, y el comportamiento condicionado (potencialidad del ambiente).....El comportamiento condicionado da lugar a pautas distintas de los seres humanos

⁴²⁷ EPSTEIN S, SAMUEL: *Pollution and Health*, en M. Hamilton, *The New Genetics and the Future of Man*, pág. 194.

⁴²⁸ Cfr; TRIFFTERER OTTO: "Legado Genético y culpabilidad", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol II, 1994, pág. 17-43. Además, menciona lo que se conoce como el sistema Mitterauer, el cual es utilizado para demostrar que los procesos orgánicos cerebrales así como los procesos psicológicos que deben tenerse en cuenta cuando se quiera llevar a cabo un enjuiciamiento acerca de la facultad de autonomía, no se ven reflejados en el análisis genómico, ni siquiera de manera vaga.

relacionados con la inteligencia, la personalidad, el carácter, etc, que son evidentemente influidas por el ambiente socio cultural en que se desarrolla...En suma, se puede estimar que la Genética humana no cree que todo esta en los genes sino lo que se denomina "interacción con el ambiente"⁴²⁹.

Es decir, los defectos o alteraciones en el genoma no siempre son consecuencia de la herencia sino que pueden ser, consecuencia de factores externos, circunstancia ésta que con frecuencia, si bien es aceptada, es pasada por alto por quienes se niegan a asumir la responsabilidad (limitación) que se deriva del reconocimiento de la efectiva interacción entre la estructura genética y la fuerza estructurante del entorno, pues es innegable que las diferencias geográficas, sino determinan, condicionan la cultura que a su vez determina la herencia genética de las personas⁴³⁰.

"La vida en una cultura cambia la naturaleza biológica del hombre"⁴³¹, es decir, la naturaleza biológica y la herencia genética forman parte del proyecto que afecta, condiciona y cambia diversos aspectos de la naturaleza humana de manera tal que los rasgos y la conducta de las personas se conforman, no sólo a través de su relación genético biológica, sino a través de su forma de vida que está determinada por factores geográficos, religiosos, ambientales, alimenticios, culturales etc, lo que quiere decir que el contenido genético de las personas por un lado, y los defectos genéticos que producen estas enfermedades por el otro, varían de lugar en lugar y un buen ejemplo es el relacionado con las enfermedades mencionadas de Tay Sachs y Betathalasemia. Por tanto, "el hombre es una criatura compleja, un ser económico, psicológico, histórico, cultural, político y, sin lugar a dudas, biológico"⁴³².

Así reconocido, un clon de Hitler no necesariamente se convertirá en un psicópata, asesino y dictador. Un Hitler genético nacido en otro tiempo y criado en un medio diferente resultaría una persona diferente. Con justa razón, insiste la ciencia, "la ciencia ficción es una fabulosa fuente de entretenimiento humano, sin embargo en nuestro tópico ha sido tomado muy en serio. La ciencia ficción no puede ser el objeto de

⁴²⁹ Ver página 35 del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas - Informe Palacios - Ob cit.

⁴³⁰ En sentido similar, el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, ob cit, pág. 37, afirma que el desarrollo psíquico de los seres humanos no es sólo consecuencia de los caracteres genéticos, sino que la base genética está sometida a la influencia de factores ambientales de naturaleza física, química y de carácter cultural, insistiendo en que la identidad genética no produce la identidad de los caracteres de comportamiento y personalidad, debido a la influencia ambiental.

⁴³¹ CALLAHAN, DANIEL: *New Beginings in Human Life*, ob cit, pág. 100.

⁴³² PARRISIADOU, FROSSO: "El legado genético y el principio de culpabilidad", ob cit, pág. 108.

un debate ético serio que debe respetar y referirse a las leyes de la plausibilidad y probabilidad real⁴³³.

Los estudios científicos coinciden en señalar que no todo está escrito en los genes⁴³⁴, de tal modo que la función cerebral y el entorno influyen poderosamente en las variaciones y en la conducta⁴³⁵, pues como ya hemos mencionado, los estímulos externos estructuran decisivamente el cerebro y la inteligencia.

Por lo tanto, si bien el modelo de conducta no es unívoco y puede incluir respuestas y actividades de muy distinto grado de abstracción y complejidad, se puede afirmar que la conducta humana no se hereda⁴³⁶, es decir, no viene fijada por los genes⁴³⁷.

Entendido ello, cobra vigencia la sentencia judaica citada en el prolegómeno de nuestro trabajo, ya que si bien el ser humano clonado nacerá y morirá contra su

⁴³³ EDWARDS ROBERT; SEIDEL GEORGE; y HOWARD W. JONES: "On attempts at cloning in the human, Fertility and sterility", ob cit, pág. 426.

⁴³⁴ En el mismo sentido, PECES BARBA, GREGORIO, en; "La libertad del hombre y el genoma", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol I, 1994, pág. 207, para quien el determinismo genético que identifica a la persona con sus genes, en una especie de predestinación biológica, es una falsa idea.

⁴³⁵ Cfr; THOMAS, A. V: "Proyecto Genoma Humano: últimos avances", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, pág. 111. En igual sentido PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 30 y ss, para quien los resultados en la investigación de genes podrán tan sólo ayudarnos a comprender mejor ciertas predisposiciones delictivas, pero nunca a su determinación.

⁴³⁶ Así, GOÑI M. FELIX: "DNA y Herencia: Problemas Éticos y Aplicaciones Médico - Legales", *Eguzkilore*, Número Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre 1992, pág. 105. Además de ello, la falta de prueba en el sentido de que la conducta se hereda, señala, se enfrenta con la incontrovertible evidencia de que la educación y el ambiente sí modelan la conducta del individuo. En el mismo sentido; STAMPA BRAUN, JOSÉ MARÍA: "Principio de culpabilidad y genoma", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, 1994, pág. 58, sostiene que, del desarrollo en el campo de investigación genética, lejos de poderse establecer una determinación causal del comportamiento humano, cada vez más se resalta la relevancia de los factores ambientales en la configuración de la conducta. Ver también; WIKLER DANIEL: "Los genes y la libertad humana: ¿Qué es lo característico de los condicionamientos genéticos en relación con el destino de la persona?", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol I, 1994, pág. 107, el cual afirma que los genes determinan parcialmente nuestro destino, pero también lo hacen las condiciones monogénicas de nuestro cuerpo.

⁴³⁷ Así, en palabras de SÁNCHEZ MORALES: "La ingeniería genética y las técnicas de reproducción asistida en el hombre: un marco para el análisis sociológico", ob cit, pág. 202, los planteamientos biólogos que defienden que el ser humano es así, porque así está biológicamente hecho, se corresponden a la más rancia tradición sociológica y/o sociobiológica al entender e interpretar que en el ser humano la conducta está determinada y programada por los genes.

voluntad, vivirá de acuerdo a ella, y aún y cuando haya nacido y haya de morir como un objeto, al igual que todos los seres humanos, tendrá la facultad de vivir como un sujeto, un creador, un innovador.

Luego entonces la pregunta planteada de si la ciencia es capaz de reproducir *personalidades* ha quedado respondida con un no categórico⁴³⁸.

Así pues, los científicos acusan que las declaraciones y reacciones de los gobiernos y de la sociedad en general se debe principalmente a la falta de información y al sensacionalismo con que se ha tratado este tema en la prensa internacional. "Los políticos y los medios de comunicación se han enfocado demasiado en cuestiones futuristas, generalmente hipotéticas, en detrimento del debate real que debe realizarse para apreciar los riesgos, perjuicios y beneficios del desarrollo de esta técnica para los seres humanos"⁴³⁹.

En tal virtud, lo que se necesita en realidad en todos los niveles de la sociedad es una mayor discusión que lleve al entendimiento de que el objetivo y finalidad de estos esfuerzos científicos son en beneficio y mejoría de la salud y de la condición humana, constituyendo esto último, precisamente, uno de los argumentos de más peso en favor de la clonación reproductiva humana, pues ante su eventual beneficio como una técnica capaz de restaurar la salud o de paliar la esterilidad humana, según hemos visto, imposible resultará pretender prohibir su desarrollo⁴⁴⁰.

f.3.2) Toma de posición.

Desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que ello puede ocurrir, el sensacionalismo y las erróneas nociones sobre la clonación humana no son ni la pauta ni la razón por la cual los Ordenamientos jurídicos en todo el mundo se han pronunciado en general por su prohibición. Expertos de todo el mundo han analizado acuciosamente el tópico y sin embargo, reitero, se han pronunciado por su prohibición, motivada, así

⁴³⁸ En la misma línea que la aquí sostenida, en la parte correspondiente al marco jurídico de la clonación del *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 191, expresamente se dijo, en relación al origen clónico de un individuo, que la identidad genética no es equivalente a identidad personal.

⁴³⁹ DECLAN BUTLER y WADMAN MEREDITH: "Calls for cloning ban sell science short", ob cit, pág. 9.

⁴⁴⁰ Resulta en verdad muy elocuente destacar los resultados de las encuestas que sobre la posible aceptación de la clonación como técnica de reproducción asistida recoge el *Informe Sobre la Clonación*. Según las encuestas, el grueso de la población rechaza completamente la clonación en personas (más de un 90%) más sin embargo, "el único caso en que se logra un mayor nivel de aceptación de la clonación es el de la pareja estéril que recurre in extremis a la clonación para tener hijos..". Cfr: *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 115 a 121, inclusive.

creemos, no sólo por las consecuencias intrínsecas de las técnicas en si mismas, sino quizá, por la naturaleza y conocimiento de la realidad científica y sociopolítica actual.

Por ello, puedo afirmar y extraer de lo hasta ahora expuesto, que los seres humanos, y con ellos los gobiernos y ordenamientos jurídicos, no temen a la ciencia en cuanto tal, sino a las aplicaciones que de la misma puedan realizarse. Aunque clonar un ser humano, **técnicamente**, implique o represente lo mismo que clonar 100 seres humanos idénticos, es evidente que la valoración ética y jurídica debe ser, en uno y otro caso, diferente, al igual que como ya acontece con la alteración genética dirigida.

Efectivamente, manipular o intervenir el contenido genético humano a través de los métodos actuales, es una conducta idéntica en la que su valoración ético jurídica varía dependiendo de la intención y finalidad que se tenga⁴⁴¹.

Por ello, si la manipulación/alteración del contenido genético humano con finalidad terapéutica ya hemos sido capaces de aceptarla, inclusive la germinal, una vez que el hombre y el jurista tuvieron el talento y la disposición de sentar las bases para evitar el mal uso de su aplicación, yo considero que lo mismo **debe acontecer cuando, siendo esta posible, la clonación reproductiva de seres humanos se realice sin la finalidad de seleccionar una raza⁴⁴² a través de acciones previas de intervención genética de corte eugenésico, ni la de crear seres humanos idénticos en cantidades, sino con la finalidad única y última de resolver un problema extremo de salud o de esterilidad humana.**

Así, atendiendo a los argumentos empleados y a las verdades científicas citadas, **la clonación reproductiva humana vía la división mecánica de los embriones - gemelación artificial** - llevada a cabo sin intención de crear un número indeterminado de individuos con un genotipo idéntico, sino con el objeto de resolver un problema de esterilidad, podría comprenderse dentro de la medicina reproductora y considerarse

⁴⁴¹ Prueba de ello es que el Dictamen del Grupo de Asesores del Consejo de Europa, al enunciar los riesgos de la clonación en diversas recomendaciones, ha señalado principalmente que los riesgos consisten, por ejemplo, en que la clonación vaya a ser utilizada para la creación del ser humano óptimo, a la programación y reproducción totalitaria de seres humanos en serie, a que las mujeres puedan tener un hijo de sí mismas, a que la evolución y diversidad genética, que es la llave para la supervivencia de cualquier especie, se afecte como consecuencia de la selección del contenido genético, etc. Es decir, el riesgo y por ende la prohibición, está no en el hecho mismo de clonar sino en la utilización indebida de la técnica, capaz de crear seres humanos idénticos en serie o con finalidad eugenésica (mejoramiento de raza). Por ello, donde ambas desviaciones están ausentes, el marco jurídico no debe ser sin más prohibitivo.

⁴⁴² Concepto este último que, a partir del desarrollo mismo del Proyecto Genoma Humano, tiene que empezar a desaparecer de nuestro vocabulario por cuanto que, según se prueba hoy día, no existen razas de seres humanos, sino una sola; la raza humana.

lícita⁴⁴³ pues no se da la tan temida pérdida de la autonomía, irrepetibilidad, identidad o autenticidad del nuevo ser humano⁴⁴⁴, ni se suprime o elimina un contenido genético determinado, y consecuentemente no se da la lesión a la tan decantada dignidad humana ni a la diversidad genética de la humanidad⁴⁴⁵.

De esta forma, si de acuerdo con el artículo 4º de la LTRA sólo deben transferirse o implantarse al útero el número de preembriones que científicamente se considere suficientes para garantizar el embarazo, y si sólo treinta de cada cien, aproximadamente, de los embriones transferidos terminan en nacimiento, en el caso de una mujer que sólo produzca un óvulo o tenga dificultad durante la estimulación ovárica en la fecundación in vitro, éste método de clonación reproductiva podría constituir un procedimiento de soporte de las técnicas de reproducción asistida al permitir transferir más embriones a las mujeres, aumentando las posibilidades de éxito de la transferencia a fin de llevar a término el embarazo y futuro nacimiento⁴⁴⁶.

Algunos autores, inclusive, se pronuncian por la permisibilidad de realizar este tipo de clonación humana con el fin de detectar anomalías o desordenes genéticos en embriones obtenidos in vitro, es decir, como diagnóstico preimplantatorio en el que se *utiliza* al preembrión clonado para estudiarlo. Si del análisis no resulta detectada una anomalía o un defecto, sólo el preembrión idéntico sobre el cual no se realizó análisis alguno será transferido al útero; si por el contrario, el diagnóstico detecta una enfermedad

⁴⁴³ En ese sentido se pronunció el profesor ROMEO CASABONA señalando que la clonación (vía separación embrional) como procedimiento de soporte de las técnicas de reproducción asistida no parece en sí misma rechazable, puesto que, en sentido estricto, no implica necesariamente manipulaciones genéticas, ni supone replicar un ser preexistente, afectando su identidad, ni se le priva de tener una madre y un padre genéticos, sino emular a la naturaleza respecto a los gemelos monocigóticos. Ver; ROMEO CASABONA: "¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación", ob cit, pág. 34.

⁴⁴⁴ El propio *Informe Sobre la Clonación* se manifestó en ese sentido señalando que, pensar que la identidad biológica de dos seres vivos resulta incompatible con la completa individualidad de cada uno de ellos, es una postura insostenible debido a que la identidad no depende única ni exclusivamente de la similitud de los rasgos biológicos. No obstante ello, es decir, la falta de objeciones intrínsecas al fenómeno de la gemelación artificial, el Informe guarda ciertas reservas en orden a su conveniencia. Ver; *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 144.

⁴⁴⁵ En contra; ESER, ALBIN: "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", ob cit, pág. 289.

⁴⁴⁶ También se resuelven en este sentido; HIGUERA GUIMERA: "Consideraciones Jurídico Penales de la Clonación en Embriones Humanos (I)", Revista de Derecho y Genoma humano, Universidad de Deusto Bilbao, 1994, pág. 54; DE LA FUENTE, PEDRO: "Presente y Futuro de la Fertilización In Vitro y Transplante de Embriones", ob cit, pág. 99.

o un defecto, no será transferido al útero, evitándose la implantación de embriones enfermos o defectuosos⁴⁴⁷.

Sin embargo, en primera instancia parecería que una clonación humana con la finalidad apuntada (para estudiarlo) no debiera ser permitida pues, en primer lugar, el ser humano - el embrión clonado - no debe ser utilizado como medio para la investigación de una enfermedad en otro, ya que implicaría atentar contra su dignidad al sacrificar la individualidad de uno para salvar la de otro⁴⁴⁸, y en segundo lugar ya que evidentemente crear un embrión al que de entrada se le ha negado la oportunidad de nacer, no resultaría compatible con los principios de dignidad ni de protección a la vida⁴⁴⁹, y menos aún dicha conducta puede entenderse o ubicarse como una técnica reproductora de la vida humana, sino, por el contrario, como generadora de embriones destinados a la muerte⁴⁵⁰.

No obstante, obviamente vuelvo a insistir en que la determinación final sobre estas consideraciones estarán dadas o sujetas al momento y formas en que cada Ordenamiento jurídico haya comenzado a proteger la vida humana, es decir, dependerá del modo en que se establezca el estatuto del embrión humano, de si es o no posible asimilar la separación

⁴⁴⁷ Así, HIGUERA GUIMERÁ: "Consideraciones Jurídico Penales de la Clonación en Embriones Humanos", ob cit, pág. 96-97; también en *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 272 y 273.

⁴⁴⁸ En contra HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 276, para quien la clonación vía la separación embrional no representará un ataque a la dignidad humana en virtud de que la intención perseguida no es la consecución del objetivo éticamente deplorable de programar y reproducir de manera totalitaria series idénticas de seres humanos ni se daría la finalidad de hacer una selección de la raza. No obstante, aunque en ello estamos de acuerdo, no coincidimos con el autor cuando considera que la separación del embrión para investigar a uno y fertilizar a otro no atenta la dignidad, pues como ya hemos señalado, esto implica la utilización de una vida como medio y no como fin en sí mismo. Comparte nuestra opinión DE LA BARREDA, JOUVE, N: "Clonación y manipulación de embriones humanos", Revista Tapia, enero - febrero, Madrid, 1994, para quien no parece ético clonar un embrión para el diagnóstico preventivo de otro, en tanto que se sacrifica una individualidad biológica por otra.

⁴⁴⁹ Así también, BÜLOW V, DETLEV: "Problemas Jurídicos y Éticos de la Medicina del Transplante", en; *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid 1989, pág. 239.

⁴⁵⁰ Para el profesor ROMEO CASABONA la clonación humana a través de la separación de una o varias células totipotentes del preembrión en sus primeros estadios - blastómero - realizada con la finalidad de efectuar un análisis genético de diagnóstico **no suscita problema alguno en relación al preembrión obtenido** por éste medio y para éste fin, **sino que el problema para él se plantea en la medida en que el desgajamiento** (separación de las células del preembrión) **perjudique la Integridad del blastómero**. Cfr; ROMEO CASABONA: "¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación", ob cit, pág. 33 y 34. No obstante, diferimos de esa opinión pues si la consecuencia del desgajamiento se traduce en la lesión, inviabilidad o muerte del blastómero - preembrión - no tendrá consecuencia jurídica alguna, a diferencia de lo que si podría ocurrir cuando a través del desgajamiento del blastómero se considere se ha creado un preembrión con una finalidad ajena a la procreativa.

de una célula indiferenciada y totipotente a la creación de un preembrión humano, y de si la finalidad de realizar un diagnóstico genético en beneficio de otro es sinónimo de creación de un ser humano sin finalidad procreativa.

En cualquier caso, no debemos pasar por alto ni desatender las consideraciones que desde otra perspectiva ética y psicológica, a partir del individuo clonado, se han planteado en el caso de la gemelación artificial (y también de la clonación) relacionadas con el desfase temporal que sería posible observar entre el nacimiento diferido de un individuo, mientras su “gemelo”, crioconservado, sea implantado y nazca con años de diferencia.

Es decir, el problema que se plantea está vinculado al hecho de que si se gemela un embrión que no haya necesidad de transferir al útero, dada la consecución del embarazo, existirá, como en toda técnica de fecundación in vitro, uno o varios embriones residuales que habría que crioconservar, lo cual en este caso representaría como problema adicional el riesgo potencial de que en el futuro, en el caso de que la mujer deseara nuevamente procrear, se le implantase un embrión gemelo al individuo años antes nacido, con las consecuentes afecciones psicológicas que a éste último le representaría “convivir continuamente con una imagen espectacular del propio yo”⁴⁵¹.

Empero, aún en el supuesto de que esas consideraciones fueran válidas, (que no absolutas ni definitivas) indudablemente que existen mecanismos que permiten evitar dicho riesgo u objeción, y que consecuentemente nos autorizan a continuar considerando a ésta técnica como una posibilidad más del desarrollo de la medicina reproductiva.

¿Cuál es ese mecanismo? El propio Informe Sobre la Clonación lo prevé. “Ello puede conseguirse haciendo que de todos los embriones producidos sólo se gemele artificialmente uno, dejando los otros congelados. Sólo si fallara la primera implantación, realizada con embriones gemelados artificialmente, se sometería a otro embrión a la técnica de gemelación artificial y así sucesivamente tras cada fracaso. De este modo se evitaría uno de los mayores problemas de todas estas técnicas, a saber, la existencia de embriones congelados genéticamente idénticos a otros ya implantados, que en caso de ser adoptados por otras parejas darían lugar a gemelos nacidos en familias distintas”...⁴⁵².

⁴⁵¹ Así lo considera, por analogía al caso de los gemelos naturales o espontáneos, el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 145; no obstante, reconoce que dicha afección o riesgo psicológico es una cuestión que aún no se ha abordado suficientemente.

⁴⁵² *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 147. De esta manera, insiste el Informe, se evitaría la posibilidad de donar embriones o gemelos separados en el tiempo, evitando la existencia de gemelos de segunda generación.

En síntesis, no se pueden desconocer, a pesar de los problemas colaterales que se presentarían, los evidentes beneficios y usos potenciales de ésta técnica en la consecución de un fin que, una vez analizado el proceso de identificación y evaluación de los impactos previsibles y de sus objetivos, consideramos ético, lícito e incluso, a partir de una transmisión clara a la sociedad en general sobre éste tipo de clonación humana reproductiva, socialmente aceptado.

Ahora bien, por las mismas razones que me llevan a asumir una postura que afirme que la clonación reproductiva vía gemelación artificial o separación embrional, con finalidad exclusiva de procurar la reproducción humana en casos de esterilidad humana, debe ser permitida⁴⁵³, la clonación vía el trasplante del núcleo de una célula embrional, fetal o adulta a un óvulo no fecundado también debe considerarse, en principio, lícita, ya que nuevamente, insisto, no altera patrimonio genético alguno⁴⁵⁴, ni destruye, según hemos fundamentado, la personalidad e individualidad del futuro ser, lo que significa que no se lesiona la dignidad humana, al no limitarse la capacidad del desarrollo de la libre de la personalidad de la futura persona.

Empero, que no se piense que en nuestra conclusión hemos pretendido desconocer que el uso de la técnica es capaz de desembocar en prácticas desviadas del primigenio interés, el cual nosotros identificamos como la cura de la enfermedad de esterilidad humana⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Vale la pena destacar en este momento que en la recomendación que en los primeros días del mes de junio de 1997 emitiera el Presidente de la Comisión Nacional de Bioética de los Estados Unidos de Norteamérica, y que motivara que el presidente WILLIAM CLINTON, después de adoptarla, anunciará que mandaría una iniciativa de Ley al congreso estadounidense que prohíba a cualquier individuo, ya sea del sector público o privado, crear un "niño" a través de la clonación, únicamente comprendió a la clonación vía transferencia de células somáticas, sin mencionar nada sobre la posibilidad de clonar seres humanos por medio de la separación temprana de células embrionales (separación embrional). Además de ello, lo que más destacó del análisis de la recomendación emitida, es que expresamente afirmó que la prohibición de la clonación vía transferencia de células somáticas no se derivaba ni basaba en consideraciones morales, religiosas o sobre algún punto de vista en particular, sino en razones de seguridad ante lo peligroso que hoy día resulta, ante el estado actual de la ciencia, realizarlo, considerándolo como un experimento prematuro con riesgos inaceptables, lo que es por sí mismo, dice el reporte, suficiente razón para justificar su prohibición legal. Cfr; MARSHALL ELLIOT: "Biomedical Ethics", Revista Science, Vol 276, 13 de junio de 1997.

⁴⁵⁴ De la misma opinión, HIGUERA GUIMERA: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 279 y 280.

⁴⁵⁵ Para BARBERO SANTOS; "Fecundación asistida e ingeniería genética", ob cit, pág. 315, las técnicas de fecundación asistida no curan la enfermedad, "esterilidad humana", sino que constituyen remedios terapéuticos alternativos. En sentido similar, para BETHENCURT, C.A; RODRÍGUEZ DÍAZ, R.N: "Técnicas de reproducción asistida", *Genética Humana*, Bilbao, 1995, pág. 327, las técnicas de reproducción asistida deben entenderse como las diversas técnicas de *tratamiento* de la esterilidad humana. Por su parte CUERDA RIEZU, en; "Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 420, es de la opinión de que la esterilidad debe ser considerada como una enfermedad.

Por el contrario, tomándolas en consideración y frente a los mecanismos de control y limitación que la norma jurídica preestablecida debe crear para tal efecto, estimo posible que el Ordenamiento jurídico es capaz de establecer límites para que, atendiendo a la intención terapéutica - la cura de la esterilidad - pueda distinguirse de aquella clonación reproductiva que persiga cualquier finalidad ajena a la cura de la enfermedad, esterilidad, así considerada.

Es decir, si bien hemos constatado que clonar seres humanos está considerado unánimemente como una conducta que merece reproche y prohibición jurídica, incluso penal, ello no ha obstado para sostener que estamos de acuerdo con dicha posición sólo en parte, debido a la presencia de evidencias que indican que las excepciones correspondientes deben realizarse.

Así, sí la idea de la clonación es la creación de seres humanos idénticos en masa⁴⁵⁶ o con fines ajenos a los estrictamente precisados, me adhiero a la prohibición; si la finalidad es multiplicar embriones para realizar estudios o experimentaciones sobre ellos, o para crear reservas de tejidos u órganos necesarios para desarrollar trasplantes e inclusive medicamentos, o para generar una réplica de un ser humano fallecido o considerado valioso o excelente, ya por su genotipo ya por su vida vivida, o por el deseo (irreal) de una persona de perpetuarse a sí misma, obviamente, también soy partidario en su prohibición, pues además de que éste ser humano habrá sido producto como medio para otro fin que no es él mismo, en casi todas ellas se observa que "hay claramente fines irracionales"⁴⁵⁷.

Pero cuando la clonación humana persiga resolver, no *fundamental* sino *únicamente*⁴⁵⁸, un problema de esterilidad o de salud, - en éste último caso para el futuro ser - que podrá desembocar en la creación de una nueva vida humana independiente, y sana, la prohibición genérica no puede sostenerse.

Es decir, hemos observado que la objeción contra clonación humana reproductiva - que al clonar se determina la personalidad y se destruye la individualidad del futuro ser - carece de fundamento científico y aún más, la prueba científica muestra lo contrario, por lo que los argumentos esgrimidos para prohibir e inclusive sancionar la lesión del bien

⁴⁵⁶ Lo que podría suponer un peligro, aunque muy lejano, para la diversidad genética de la especie humana.

⁴⁵⁷ INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit, pág. 141.

⁴⁵⁸ Lo que significa que bajo ninguna circunstancia se admitiría la práctica de esta técnica para el caso de la mujer sola, evitando así además la posibilidad de que, distorsionando todo su marco terapéutico, se pretenda utilizar para que la mujer tenga un hijo de sí misma.

jurídico - individualidad humana, identidad personal, libre desarrollo de la personalidad, etc - ni siquiera aparecen.

No obstante, estoy de acuerdo en que nuestra postura aún debe matizarse, pues la clonación reproductiva debe constituir la última opción o excepción a la regla y bajo un marco jurídico preciso, limitado y restringido. Es decir, nuevamente es claro que superados los argumentos prohibitivos, la permisibilidad de la acción dependerá de la intención con la que la clonación reproductiva se utilice, encontrando nosotros en la intención curativa, ya sea de la esterilidad humana o de la salud del futuro ser, la única razón que justificará la práctica de ésta técnica.

E insistimos en que si precisamente hemos comprendido la cura de la salud del futuro ser como parte integrante de esta "única razón" que justifique el empleo de las técnicas de clonación reproductiva, exceptuándola del marco prohibitivo, es debido a que la técnica de transferencia nuclear podría utilizarse para evitar la transmisión de una enfermedad mitocondrial inoculada por vía materna, lo cual hemos visto ya se realizaría o a través de la transferencia del núcleo de un embrión a un óvulo (enucleado) que no fuera portador de la enfermedad mitocondrial, con la finalidad de trasladarlo al útero de la mujer del cual proviene, o a través de la transferencia del núcleo de un ovocito a otro previamente enucleado sobre el cual se realizará la fecundación, lo cual implicará que conservará prácticamente toda su carga genética - doble - a excepción de la información citoplásmica.

Sobre esto, inclusive, el mencionado Dictamen del Grupo de Asesores sobre implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea, al considerar las implicaciones humanas de la clonación, insistió en distinguir la clonación por sustitución del núcleo como medida terapéutica⁴⁵⁹, para evitar, tal y como nos referimos antes, la transmisión de la enfermedad mitocondrial, lo que exigirá un óvulo de donante enucleado conteniendo una mitocondria normal⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ "Aspectos Éticos de las técnicas de clonación", Dictamen del Grupo de Asesores", ob cit, pág. 237. En un sentido similar, los miembros del Comité que se encargaron del análisis de las cuestiones relacionadas con el estatuto ético de la clonación, concluyeron en el precitado *Informe Sobre la Clonación*, (conclusión Nº 14) que la paraclonación o transferencia de núcleos de células embrionarias podría plantearse como medio para evitar la transmisión de factores genéticos negativos, "por ejemplo una herencia mitocondrial que causare alguna enfermedad", aunque señala que resultaría preferible agotar antes otras alternativas. Véase, *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 161.

⁴⁶⁰ En esa misma dirección, el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, ob cit, pág. 41, reconoció que las distintas razones esgrimidas de seguridad, no justifican el rechazo absoluto a la clonación con fines reproductivos, pudiendo permitirse con carácter excepcional en el caso de que exista el riesgo de transmisión de anomalías genéticas.

Es incuestionable entonces que la razón principal para apoyar la investigación y desarrollo de las técnicas de la clonación reproductiva humana, se dan dentro de la reproducción asexual dirigida a solucionar los problemas de *parejas* infértiles que por medio de estas técnicas serán capaces de tener un hijo, o de parejas (mujeres) fértiles pero, por ejemplo, con trastornos mitocondriales⁴⁶¹, y cuya prohibición o permisibilidad, según hemos visto, no es ni tan claro ni tan obvio ante las enormes implicaciones que presenta, no sólo la técnica en si misma, sino su uso desviado e inadecuado.

Otra vez se hace patente que, en primer término, la permisibilidad se hará depender de la intención y del objetivo que se persiga.

En síntesis, también la *clonación reproductiva* a través de la transferencia del núcleo de una célula embrional o fetal, con fines terapéuticos, no precedida de una finalidad eugenésica, debe, bajo nuestra perspectiva, ser considerada lícita, ya que no constituye "fraude genético" al no cambiar la información genética natural u original del cigoto por otra diversa, lo que significa que no se estará alterando ni el patrimonio genético, ni la identidad genética o personal y con ello la dignidad del preembrión - ser humano -, futura persona⁴⁶².

E igualmente insisto, la licitud que desde mi punto de vista puede derivarse de la práctica de la clonación reproductiva humana en las rutas señaladas, sólo estará dada en función de la finalidad curativa - reproductora, incluso aunque el cigoto, embrión o persona creada sea idéntico a un ser ya nacido, en atención a que ello no compromete la diversidad genética, ni existe el tan temido determinismo genético y por ende la tan cansada frase o argumento retórico de la pérdida de la identidad, individualidad o personalidad del futuro ser⁴⁶³.

⁴⁶¹ ESER, ALBIN, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR, TANNER y ERNST - LUDWIG WINNA CKER: "La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético jurídica", ob cit, pág. 101, se manifiestan expresamente en contra de estos dos supuestos por considerar que ello implica modificar a través de esa manipulación biológica, la ordenación básica en la sucesión generacional, lo que conllevaría a una nueva desigualdad entre los seres humanos.

⁴⁶² En contra BELLVER CAPELLA, para quien el derecho a reproducirse no puede entenderse a cualquier precio pues contra tal derecho existe el derecho del concepturus a ser concebido bajo determinadas condiciones, ello es, con unicidad de su dotación genética y con una paternidad y maternidad biológica, razón por la cual, afirma, el derecho a la reproducción humana tiene un contenido esencial que no incluye a la clonación. "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", ob cit, pág. 45.

⁴⁶³ ROMEO CASABONA: "¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación", ob cit, pág. 31, estima que la creación de seres humanos idénticos por clonación puede comportar un atentado a la identidad e irrepetibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás, cuando ello ha sido predeterminado deliberadamente por otro ser humano, afirmación con la que estamos de acuerdo pues, según

Por ello, no debe dejar de destacarse y subrayarse que las técnicas de clonación reproductiva humana podrán ofrecer posibilidades reales para aquellos que sufren de infertilidad irreversible, más aún cuando en el presente no existe tratamiento alguno para aquellos hombres, por ejemplo, que exhiben una total carencia de células germinales⁴⁶⁴.

Empero, antes de continuar y dar paso al desarrollo del siguiente epígrafe, conviene detenerse a analizar los “otros” argumentos que ahora aparecen, principalmente referido a la modalidad de clonación reproductiva vía el trasplante de un núcleo proveniente de una célula de un ser humano ya nacido - una vez superados los primeros e insuficientemente esgrimidos -, frente a la posibilidad de que, en un futuro no muy lejano, la permisibilidad de la práctica de las técnicas de clonación reproductiva humana en sus modalidades terapéuticas, se reconozca jurídicamente.

El Dictamen multireferido del Grupo de Asesores sobre Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea concluyó señalando que cualquier intento de producir un individuo humano genéticamente idéntico mediante sustitución nuclear (clonación vía transferencia nuclear) debe prohibirse, encontrando el fundamento de su afirmación en consideraciones relativas a la **instrumentalización** de seres humanos, la gran cantidad de *experimentos* que sobre “seres humanos” tendrían que hacerse, y el temor frente a **efectos secundarios** que pudieran presentarse en el futuro en los individuos clonados, que “convierten a dichos actos en éticamente inaceptables”⁴⁶⁵.

El profesor ROMEO CASABONA, quien con mucha agudeza ha señalado que en la doctrina se ha acudido en forma excesiva al argumento de la vulneración de la dignidad humana para fundamentar la razón de su absoluta prohibición en prácticamente todos los Ordenamientos legales, destacando la falta de profundidad en las afirmaciones que se concretan a señalar la afectación específica a la dignidad humana sin lograr precisar cómo

interpretamos, el autor se ha referido a aquella clonación humana acompañada previamente de modificaciones o alteraciones dirigidas (eugenésicas) del contenido genético del o los gametos ha utilizar o de las células embrionales no diferenciadas.

⁴⁶⁴ Ello, sin dejar de reconocer que las técnicas que hoy día se ofrecen aún están lejos de reproducir el proceso de meiosis, pero puede ser posible que en el futuro la ciencia sea capaz de producir una célula haploide de un varón que sería utilizada para fertilizar el gameto femenino, con lo que, aún y si utilizáramos técnicas de clonación humana directas, la madre contribuirá importantemente aportando sus genes mitocondriales, sus influencias intrauterinas y la subsecuente nurture.

⁴⁶⁵ “Aspectos Éticos de las técnicas de clonación”, Dictamen del Grupo de Asesores”, ob cit, pág. 239. Así mismo, el Dictamen concluyó que las objeciones éticas contra la clonación descartan cualquier intento de crear embriones genéticamente idénticos para usos clínicos en técnicas de reproducción asistida mediante la división del embrión, pero, a diferencia de lo que anteriormente precisó en contra de la clonación vía transferencia nuclear, aquí sólo se concretó a afirmar sin señalar el porqué.

es que la clonación humana comportaría un ataque para ella⁴⁶⁶, también encuentra como razones que se podrían oponer a la clonación humana en sus diversas variantes, el relativo a **la instrumentalización de los embriones de seres humanos así producidos, la amenaza a la diversidad genética, misma que constituye la garantía de conservación de las especies⁴⁶⁷, los efectos secundarios no previstos**, cuyas manifestaciones podrían no ser detectables in vitro ni durante el curso del embarazo sino después del nacimiento o en la edad adulta del individuo clónico y, dada la rudimentaria técnica, **los múltiples fracasos podrían dar lugar, por un lado, a la consecuente necesidad de recurrir a un mayor número de embriones (instrumentalización) y, por el otro, al nacimiento de seres defectuosos en un porcentaje alto, “aspectos estos que no pueden desconocerse si se pretenden utilizar para la reproducción humana”⁴⁶⁸.**

Por su parte, para el Informe ya citado de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana, **los principios generales acerca de la consideración del hombre como fin en si mismo y no como un medio, así como a no ser programado genéticamente y a ser genéticamente único e irrepetible, aunado a la falta de seguridad** de estas técnicas frente a las posibles anomalías que esta técnica podría inducir en el nuevo ser, se consideran como las objeciones éticas mas serias y representativas en contra de la clonación por transferencia del núcleo de una célula somática, (diferenciada) justificando por si mismo estas razones, el rechazo actual de esas técnicas.

Además de ello, el propio Informe destaca que la valoración ética no se reduce a las cuestiones de seguridad, sino **también a condiciones psicológicas y familiares que pueden derivarse de la creación de seres humanos mediante la aplicación de dicha técnica**, destacando entre las condiciones familiares el supuesto problema que representará un entorno familiar en el que las relaciones con sus padres, **“dadas las ambiguas referencias a la paternidad y la maternidad”**, podrían estar alteradas o resultar problemáticas⁴⁶⁹ y, respecto a **los aspectos psicológicos**, señala que estos

⁴⁶⁶ ROMEO CASABONA: “¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación”, ob cit, pág. 27 y 28.

⁴⁶⁷ Argumento que debe ser desestimado pues la permisibilidad de la clonación humana planteada sería practicada sólo sobre parejas infértiles, cuyo porcentaje en la población mundial no puede poner en riesgo la diversidad genética. Todo lo contrario, si de eso se trata, podría decirse que la no reproducción de los seres humanos, con la pérdida consecuente de su aportación a la conglomerado genético humano pone en mucho mayor riesgo la diversidad genética que las técnicas de clonación que simplemente duplican el ya existente.

⁴⁶⁸ ROMEO CASABONA: “¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? ob cit, pág. 27-29.

⁴⁶⁹ Sobre ese particular, vale la pena destacar la afirmación que, al margen de la problemática y de la posibilidad real de llevar a cabo la clonación de seres humanos idénticos por cuestiones técnicas,

problemas pudieran derivarse en el ser humano que posea la misma información genética que un individuo ya existente que, a diferencia de los procesos de gemelación, aquí se trataría de individuos de edad diferente lo que significaría que el individuo nacido por clonación podría tener ante sí a un individuo adulto con cuya base genética coincidiría, y cuya historia personal podría conocer.

Por último, el Informe Sobre la Clonación precisa en primer término, al abordar la aplicación de lo que denomina "clonación verdadera", a través de la transferencia de un núcleo proveniente de una célula adulta - de un ya nacido -, que debe huirse de los planteamientos excesivamente simplificadores que sólo se concretan en señalar que el individuo clonado será una copia exacta de aquel del que se tomó la célula somática ya diferenciada, por cuanto que suponen un enfoque excesivamente determinista. No obstante, también coincide en que, debido a que la técnica se halla lejos de haber probado **seguridad y eficacia**, cuyas condiciones son necesarias para poder pensar en su aplicación en seres humanos, las restricciones éticas y jurídicas deben ser máximas⁴⁷⁰, concluyendo que el juicio moral respecto de la "clonación verdadera" debe ser negativo, por cuanto que:

- a) Parece negativo que un ser humano posea la misma información genética que otro, aunque también reconoce expresamente que esa no es ciertamente, una razón absoluta.
- b) Por las mismas razones que se opusieron a la gemelación artificial, no consideran recomendable la generación de gemelos separados en el tiempo, debido a que las técnicas de clonación a través de la transferencia de células adultas con fines reproductivos exige la identidad genética nuclear entre la célula donante y la receptora. En pocas palabras, se valora negativamente ya que crearía individuos prácticamente idénticos, separados en el tiempo. "La clonación altera profundísimamente la relación del ser humano con el tiempo, y más concretamente con el futuro"⁴⁷¹.
- c) Ello supondría una grave agresión a la intimidad del nuevo ser humano, porque rompe la confidencialidad de los datos biológicos y sanitarios del individuo; porque impide o dificulta el ejercicio de su **derecho a no saber**, si no quiere, **su propio futuro biológico** y; porque supondría el nacimiento

realizara el prestigiado científico experto de la reproducción ROBERT EDWARD'S el pasado día 24 de mayo de 1998 en el periódico El País, pág. 30, para quien, en el caso de que la clonación reproductiva fuera posible, "los niños clonados serán felices", es decir, desestima las consideraciones en torno a los posibles trastornos psicológicos y/o familiares que en el ser clonado pudieran existir.

⁴⁷⁰ INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit, pág. 149 - 152.

⁴⁷¹ Ibídem, pág. 151 y 152.

de un niño dentro de un **entorno familiar** en donde las relaciones con los progenitores estarían **alteradas ante las ambiguas referencias a la paternidad y maternidad**.

En cualquier caso, resulta muy importante destacar que el propio Informe subrayó que las razones antedichas tiene más un carácter prudencial que apodíctico o absoluto, dejando así abiertas las puertas para su uso excepcional en casos terapéuticos o, incluso, reproductivos.

Ahora bien, dentro del marco permisivo que nosotros proponemos, no parece que las ambiguas referencias a la paternidad y maternidad puedan ser mayores a las derivadas de una fecundación in vitro con semen ú óvulo de un donante, o en mujer sola, en el que la persona nacida producto de esa técnica desconozca el origen genético de los gametos utilizados⁴⁷²

Incluso, en esa línea se ha argumentado vs la clonación reproductiva en la modalidad que se analiza, que la relación entre el clonador y el clon sería la misma que hay entre dos hermanos, es decir, que no existe posibilidad de una relación paterno filial. No obstante, si bien esta línea de argumentación tiene una base genética, no puede negarse que existen importantes obstáculos para sostenerla, pues por definición, hermanos son aquellos que comparten, una madre, un padre o ambos. Ello es, si los individuos necesitan tener una madre, un padre o ambos en común para ser hermanos, resulta en realidad muy difícil establecer que de acuerdo a la base genética la relación entre el clonador y el clon será de hermanos y no de padres.

Como argumento a ello, pongamos como ejemplo una hipótesis en que dos gemelos monocigóticos, idénticos, deciden clonarse respectivamente, produciendo clones que son genéticamente idénticos no sólo entre sí, sino incluso del gemelo monocigótico de su clonador (de su tío). Los clones así generados no son hermanos entre si ni tampoco o menos aún del hermano idéntico de su clonador, a pesar de que todos son genéticamente idénticos. Por el contrario, cada clon es el hijo de su clonador, cada clon es el sobrino del hermano idéntico, y los dos clones son primos. Es decir, la ausencia de una madre común refuerza la anterior afirmación.

⁴⁷² Sobre ello nos remitimos a lo ya expresado infra en torno al problema de la investigación de la paternidad y la supuesta incompatibilidad de las disposiciones de la Ley 35/1988 que imposibilitan el ejercicio de dicho derecho constitucional. Se opone, BELLVER CAPELLA, para quien la diferencia es que mientras el FIV a una mujer sola todavía es posible hablar de una relación paterno filial biológica, en la clonación ésta desaparece por completo. Cfr. "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", ob cit, pág. 49.

Empero, sin duda que el mejor argumento en contra de esa analogía lo constituye el hecho de que si bien es cierto que cuando un embrión in útero se divide en sus primeros estadios, generando dos embriones independientes, ambos (gemelos - clones) son considerados hijos de la pareja que fecundó el óvulo inicial, y a nadie se le ocurre pensar que el primer embrión es el padre del segundo, o que el segundo embrión es el hijo del embrión que se dividió.

Aquel que fecunda un óvulo, ya sea proveyendo la mitad de sus dotación cromosómica en el caso de una fecundación regular, o toda la carga genética en el caso de la clonación, puede y debe ser considerado el padre, pues insisto, el clon y el clonador no han compartido un útero o una madre, y por lo tanto no son hermanos ni sería posible encontrar otra relación que no fuese paterno filial.

Así mismo, en contra del argumento referido a los problemas que pudieran derivarse en el ser humano por cuanto que poseerá una misma información genética que un individuo ya existente, pero con una edad diferente, lo cual podrá significar que de algún modo, el nacido con anterioridad le irá adelantando parte de su propia biografía, estimo debe recordarse enfáticamente que la base genética y la personalidad del ser humano está sometida a todos los factores ambientales, por lo que resulta una contradicción reconocer que para unos casos el medio ambiente juega un papel determinante, mientras que en los otros no.

Reiteramos, si la identidad del contenido genético no suprime la personalidad e individualidad de la persona, y si la individualidad y la identidad personal del ser humano no se agota en su dotación genética al ser el resultado de un desarrollo que se consuma en una constante interacción con el ambiente, no puede sostenerse el argumento aludido en torno a la identidad genética de un ser respecto de otro ya nacido con anterioridad⁴⁷³.

Por consecuencia, si estimamos superados esos reparos, ahora los argumentos centrales en contra de la clonación reproductiva a través de la transferencia nuclear se reducen prácticamente sólo a dos consideraciones: La *instrumentalización del embrión*

⁴⁷³ Por esa razón resulta especialmente interesante analizar dos de las afirmaciones realizadas en el capítulo correspondiente a las recomendaciones del Comité ético del *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 161. En la primera, aún y cuando se referían al caso de la gemelación, se afirmó textualmente que, "en cuanto al tema de la identidad genética, no parece que pase de ser un argumento de conveniencia", (recomendación N° 11) y en la segunda, (recomendación 15) si bien el Comité se pronunció por desaconsejar su uso y por mantener su prohibición legal, fundamentando su afirmación en torno a cinco razones, entre ellas, por "la agresión que supone para un individuo humano ser genéticamente idéntico a otro ya nacido y de mayor edad que él", también sostuvo y señaló que ninguna de esas cinco razones tiene, por sí sola, fuerza suficiente para fundamentar una prohibición total y absoluta, sino que la convergencia de ambas hace que por el momento éste procedimiento sea desaconsejable.

como consecuencia de la recurrente necesidad de experimentar en él hasta perfeccionar la técnica⁴⁷⁴, y el *desconocimiento de los efectos secundarios* que pudiesen derivar en la futura persona así concebida.

Pero, ¿son estos argumentos biológicos, jurídicos o éticos? En realidad parecen, por lo menos en España, más consideraciones éticas que jurídicas o incluso biológicas; no obstante, indispensable resultará para obtener una respuesta cierta reconducir estas últimas afirmaciones al plano positivo legal a fin de derivar una conclusión que tenga un soporte jurídico⁴⁷⁵.

En principio, no parece convincente encontrar el fundamento jurídico de la prohibición en España de la clonación humana reproductiva - vía la transferencia nuclear - por razones de instrumentalización del preembrión humano así generado, ya sea que se considere que su protección jurídica en el no muy claro Ordenamiento jurídico español comenzará desde la fecundación o incluso hasta la anidación.

Es decir, si nos ubicáramos en la línea de pensamiento que considera que desde la fecundación hay vida humana, y que por ello el Ordenamiento debe proteger en cuanto vida humana al embrión no anidado, es obvio que el camino de la perfección del desarrollo de la clonación humana como técnica médico reproductora implicaría, en tanto que afecta a embriones humanos, una instrumentalización de vidas humanas así consideradas y, por tanto, protegidas por la Constitución⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ En el "Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana en relación con la Aplicación de la Biología y la Medicina, sobre la prohibición de clonar seres humanos", de fecha 6 de noviembre de 1997, se reiteró a través del artículo 1º la prohibición de cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto, considerando que ello implica la instrumentalización de seres humanos a través de la creación deliberada de seres humanos, por ser contraria a la dignidad humana.

⁴⁷⁵ Para ESER, ALBIN, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR, TANNER y ERNST - LUDWIG WINNA CKER: "La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético jurídica", ob cit, pág. 98, en realidad la justificabilidad y la licitud de la clonación sobre el ser humano no es un problema biológico, sino precisamente, ético jurídico. En contra, ROBER MOOR para quien "la razón para estar en contra de esta técnica en humanos es puramente biológica", conclusión a la que llega después de señalar estadísticamente que la eficacia de la técnica de transferencia nuclear (empleada para crear a la oveja Dolly) es de apenas el 1%; ello es, que sólo el 10% de las clonaciones que se intentan en animales llega hasta la fase de blastocisto, y, de estas, sólo el 10% llega a convertirse en embrión. De los pocos embriones que sobreviven, el 85% tiene alteraciones fisiológicas, el 40% anomalías graves en la placenta y el 15% muere por una infección en las primeras 14 semanas. Ver; "Clonación. El mito devaluado del Proyecto Genoma Humano", Periódico El Mundo, Sábado 23 de Octubre de 1999.

⁴⁷⁶ Este sería el caso de Alemania en cuya legislación se parte de la idea de que el ser humano vivo es acogido en la protección de la dignidad humana desde el inicio de la fusión nuclear. Véase; ESER, ALBIN, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR, TANNER

Sin embargo, la razón por la cual no puede desde nuestro punto de vista oponerse bajo esta perspectiva el argumento esgrimiendo la instrumentalización del embrión, es sólo por razones de pura analogía, ya que si la FIV y/o FIVTE es aceptada en el Ordenamiento aún a pesar de que la técnica en si misma implica también el sacrificio de embriones, o dicho exactamente lo mismo con términos distintos, implica la "instrumentalización de los embriones creados y necesariamente destruidos", no se observan razones para prohibir unas y permitir otras, reitero, cuando el argumento ha sido referido a su instrumentalización.

Y con mayor razón, si recogemos la posición que considera que la vida humana es un devenir que comienza con la gestación, entendiendo por ella una gran mayoría de la doctrina, como veremos más adelante, como sinónimo de anidación, y que por tanto la protección jurídico constitucional del artículo 15 CE abarca precisamente sólo a partir de ese fenómeno, es evidente que tampoco desde este marco la valoración respecto de la experimentación e investigación en embriones humanos no anidados para el perfeccionamiento de las técnicas de clonación humana puede comportar, reitero, jurídico constitucionalmente, instrumentalización de los embriones humanos así considerados.

Más aún, incluso asumiendo la hipótesis de que sólo hasta la anidación en un útero humano comenzará la protección jurídica del preembrión, el hecho de que el Ordenamiento jurídico posibilite la intervención y experimentación ya no sólo sobre preembriones humanos, sino también sobre embriones y fetos vivos no viables⁴⁷⁷, sin considerar por ello que se les está instrumentando, permite sin lugar a la duda desestimar dicha línea argumental vs el desarrollo de las técnicas de clonación.

Dicho así; ¿porqué invocar como razón para fundamentar la prohibición en la clonación procreativa la decantada instrumentalización del embrión cuando ésta es tan socorrida en las otras áreas de la investigación?. En otras palabras, si bien en el desarrollo de las técnicas de clonación la instrumentalización del embrión existirá y podrá representar una seria objeción a la clonación, lo que no se puede aceptar es la insinceridad, disimulo o encubrimiento del argumento ante la realidad normativa de otras técnicas de reproducción asistida o de investigación científica.

Por ello, siguiendo en esta misma línea relacionada con la FIV y FIVTE, no es menos importante destacar, a fin de dejar sentado nuestro rechazo al argumento en el que se esgrime la instrumentalización del embrión humano, el vacío normativo del

Y ERNST - LUDWIG WINNA CKER: "La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ética jurídica", ob cit, pág. 102.

⁴⁷⁷ Véase el artículo 15 del Real Decreto 413/1996 que se refiere a las posibles actuaciones a seguir con embriones no viables.

Ordenamiento jurídico español respecto a qué hacer con los embriones residuales o sobrantes que se encuentran crioconservados⁴⁷⁸.

Según éste, si son viables y están vivos, no es posible experimentar con ellos y sólo cabe como posibilidad que se les implante en el útero de una mujer o se les crío conserve para ser implantados. Sin embargo, la crioconservación tiene un límite de cinco años, y una vez pasado éste término, ante el silencio intencional de la Ley, no queda más remedio que descongelarlos, o dicho en otras palabras, destruirlos.

En el Informe mencionado de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, se sugiere, basándose en datos científicos, que el plazo de crioconservación se amplíe, considerando apropiado que el término se fije en función de la vida reproductora de la madre. No obstante, según se observa, la Comisión no ha querido, a pesar de conocer perfectamente las implicaciones sociales, jurídicas y políticas, pronunciarse con firmeza sobre lo que debería acontecer con los embriones sobrantes, aunque alcanza a sugerir la posibilidad de que, como último recurso, antes de destruirlos, se permita experimentar e investigar sobre ellos⁴⁷⁹, conscientes de que dicha posibilidad no tiene cabida legal en el momento actual.

Por lo tanto, una medida como ésta que propone ampliar el término de su congelación, lejos de resolver el conflicto, continua evitando que de una vez por todas en España se estatuya un verdadero estatuto jurídico del embrión humano, y consecuentemente, que se construya un cuerpo normativo que pueda, a partir de dicho estatuto, fundamentar la permisibilidad o prohibición de las intervenciones y experimentaciones que sobre ellos se realicen.

¿Porqué si de cualquier manera serán destruidos la Ley no permite experimentar con ellos? La respuesta, tomando en cuenta los antecedentes normativos brevemente reseñados, es un tanto incierta (frustra) pues caben más de una de ellas. Podría decirse que la Ley prohíbe su experimentación por tanto que quiere evitar la instrumentalización de esas realidades, vidas humanas, como podría decirse igualmente que la Ley permite su destrucción por tanto que no representan aún un bien jurídico en sí mismo digno de protección.

⁴⁷⁸ Según los datos aportados en el I INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, ob cit, pág. III, a la fecha de su publicación existían más de 25,000 embriones sobrantes, de los cuales 15% superan inclusive el plazo legal máximo de conservación previsto de cinco años.

⁴⁷⁹ Véase las páginas 23 y 24 del mencionado I INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Una disculpa por la insistencia, pero pretender sostener como argumento vs la clonación reproductiva humana la instrumentalización del embrión humano, implica aceptar la validez o presencia de un discurso doctrinal que por donde se le mire se contradice. Esta claro que al igual que en la clonación reproductiva humana, cuando las técnicas de FIV, FIVTE y derivados empezaban a desarrollarse, se tuvieron (tienen) que utilizar cientos de embriones humanos para alcanzar el grado mínimo de desarrollo suficiente para llevarlas a cabo como parte de los tratamientos de reproducción asistida.

¿Había instrumentalización o no? Frente a la evidente respuesta, el Derecho prefirió decir, o bien que no hay aún en esos momentos vida humana, ni protección jurídica, y que por lo tanto el desarrollo y práctica de las mismas no comportan instrumentalización alguna de esa realidad humana, o bien, que en el supuesto de que así fuera, las técnicas que comportan una cierta instrumentalización se justifican por tanto que persiguen como finalidad, lícita, la procreación humana.

Luego entonces, en estricta coherencia con el resto del Ordenamiento, en especial con aquellas normas que legitiman el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en las cuales se requiere prescindir de no pocos embriones, resulta imposible sostener como argumento para prohibir el desarrollo y perfección de las técnicas de clonación reproductiva humana⁴⁸⁰, en cuyo camino habrá que experimentar y sacrificar a cientos de ellos, el relativo a la instrumentalización del embrión humano, que, sin duda alguna, existirá.

En otras palabras, cuando la clonación humana mire a la reproducción, la instrumentalización o destrucción necesaria de los embriones se justificará o amparará dogmáticamente en la finalidad reproductiva que lo acompaña.

El segundo argumento doctrinal prohibitivo de la clonación humana reproductiva relacionado con la falta de seguridad frente al - *desconocimiento de los efectos secundarios en la persona clonada* - resume desde nuestra perspectiva, el verdadero quid de la cuestión y nos obliga, si se quiere realmente encontrar una razón para justificar su prohibición, a encauzarlo dentro del marco constitucional en el derecho a la integridad física y moral de la persona reconocido por el artículo 15 de la CE⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Es decir, no pretendemos ni queremos negar que efectivamente existirá una instrumentalización del embrión humano. Sin embargo, lo que no aceptamos es que para éste caso sí se utilice como argumento para negar legitimidad al desarrollo de las técnicas de clonación, mientras que para las hipótesis de FIV o FIVTE, por ejemplo, aún y cuando ocurra lo mismo, la argumentación se esconda o se niegue.

⁴⁸¹ Derecho que, en opinión de MARTÍNEZ MORAN, NARCISO: "El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado," Revista de la Facultad de Derecho de la

En cualquier caso, nótese que la simple elaboración doctrinal - **de la persona** - induce a pensar que carecen de importancia los efectos secundarios que puedan derivarse en la integridad física del embrión anidado en si mismo considerado, lo que no resulta afín con la STC 53/1985 que declaró que “todos” nacidos y no nacidos (anidados) tienen derecho a la vida, y que por tanto también “todos”, nacidos y no nacidos (anidados) tienen derecho a la integridad física y moral que el mismo artículo 15 CE consagra como derecho fundamental.

Pero al margen de esa discusión dogmática que retomaremos cuando analicemos los tipos penales correspondientes, la especulación sobre los riesgos futuros a los que aluden los biotecnólogos expertos se refiere particularmente a la clonación humana vía la transferencia nuclear de una célula proveniente de un ser ya nacido, y consisten o giran alrededor del posible incremento o propensión a determinadas enfermedades, por lo que **quizá** los individuos clonados tendrán una vida más corta, o una mayor propensión al cáncer, o ellos o sus descendientes padecerían una tasa de anormalidades fuera de lo normal⁴⁸².

Y si considero que esto resume el quid de la cuestión es porque, en otras palabras, éste argumento prohibitivo se dirige hacia la protección de la futura persona por razones de seguridad, ya que se estima, dado el estado actual del desarrollo científico, que aún resulta peligroso realizar una clonación humana vía la transferencia nuclear de una célula proveniente de un ser ya nacido, pues ésta constituye un experimento prematuro que conlleva ciertos riesgos para la salud e integridad de la futura persona⁴⁸³.

Ahora bien, sabemos que cuando no se tiene seguridad en orden a las consecuencias que la práctica de una determinada técnica traerá aparejada, la catalogación médico jurídico de la misma, con todas sus consecuencias, debe ubicarse en el ámbito de la experimentación, y en éste caso, humana. Por tanto, se desconoce, hasta en tanto ésta no se realice, si la clonación humana en la vertiente apuntada conllevaría necesariamente una disminución inmunológica, malformaciones o distorsiones genéticas del futuro ser humano.

Universidad Complutense de Madrid, Nº 2, 1979, pág. 151, no debe confundirse con el derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 de la CE.

⁴⁸² Véase; “Aspectos Éticos de las técnicas de clonación”, Dictamen del Grupo de Asesores” ob cit, pág. 237-239.

⁴⁸³ Por ello, no podemos ignorar las palabras de IAN WILLMUT, padre de la oveja Dolly, quien señaló, en respuesta a las declaraciones llevadas a cabo por RICHARD SEED, científico americano que afirmó pondría en marcha clínicas para realizar la clonación de seres humanos, que emplear hoy día las técnicas empleadas en el desarrollo de Dolly sería inhumano.

Empero, en realidad toda investigación y experimentación requiere, por definición propia, de la existencia de riesgos y efectos secundarios y ello no la hace intrínsecamente prohibida o ilícita. El investigador debe buscar conocerlos en la medida de lo posible para ponderar su conveniencia en función del costo beneficio que representa. Por ello, *sólo en la medida en que la presencia de los riesgos de la clonación reproductiva humana se consideren inaceptables, impedirán su licitud*. Si los riesgos, debidamente ponderados, no son calificados de tal forma, los argumentos no podrán impedir el desarrollo y avance paulatino de esta técnica en la vertiente señalada⁴⁸⁴.

¿La presencia de estos riesgos son realmente inaceptables? Obviamente, son los expertos en genética quienes deben proporcionar al jurista información objetiva - médica - acerca de cuáles podrían ser los efectos secundarios que podrían manifestarse en el ser humano clonado.

Sin embargo, según podemos desprender de la investigación, no parece existir mucha diferencia cualitativa entre los riesgos potenciales derivados de la clonación reproductiva humana a través de una transferencia del núcleo de una célula y de los riesgos asociados a la modificación, intervención o alteración en las células germinales e inclusive hasta de las células somáticas. Incluso, existe aún más preocupación en la comunidad científica por las consecuencias de la alteración o introducción de nuevos genes al ser humano que por las consecuencias apuntadas de la clonación reproductiva.

Luego entonces, si los riesgos asociados a la terapia genética o génica no se consideran inaceptables, considero que es posible apreciar un baremo - jurídico positivo - que permita determinar que, así como en la terapia genética, los riesgos de los efectos secundarios asociados a la clonación a través de transferencia del núcleo de una célula de un ser nacido - célula adulta o diferenciada - no serían absolutamente inaceptables, y por ende, no puede utilizarse este último argumento para justificar terminantemente su prohibición.

⁴⁸⁴ Y precisamente ahora debe destacarse un tercer y recién argumento vs la clonación reproductiva que ha sido destacado por BELLVER CAPELLA: "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", ob cit, pág. 52 y 53. Este autor señala que dado el estado de las técnicas de clonación se requerirá investigar y disponer de muchas mujeres donantes de sus óvulos y a las que se transfieran embriones clonados, lo cual conduciría a la violación de la dignidad de la mujer que tendría que someterse a la instrumentalización requerida por el progreso de la ciencia y la desprotección del embrión, y que convertiría a la clonación reproductiva en ilícita. No obstante, no nos es posible coincidir con ese autor pues si la mujer que se presta voluntariamente y que necesariamente tiene un interés directo a dicha práctica experimental es consciente de los efectos secundarios, no podríamos hablar de una instrumentalización de la mujer o de una vejación a su dignidad hasta en tanto los riesgos inherentes a la clonación no se clasifiquen como inaceptables para la mujer sometida a ella.

En síntesis, si la práctica de la terapia genética en células de la línea germinal o inclusive somáticas son técnicas lícitas a pesar de que se prevén y desconocen los efectos secundarios que pudieran traer aparejadas para el ser humano sometida a ella así como para los futuros descendientes, sin que se imponga el argumento del temor ante el desconocimiento de los efectos secundarios como argumento definitivo para fundamentar su prohibición, encuentro difícil que pueda sostenerse la argumentación referida para poder limitar o prohibir definitivamente el desarrollo de las técnicas de clonación humana con fines reproductivos.

Todo lo contrario, aplicando los criterios ya existentes habrá que dar paso, cautelosamente, al desarrollo de esta modalidad, experimental, de la medicina reproductiva⁴⁸⁵, pues cierto es que la clonación no es la forma de reproducción humana ideal, pero en caso de necesidad no debe desestimarse su uso, es decir; ni duda cabe que la clonación es el menos ideal de los medios, no obstante ello, el menos ideal de todos los medios debe utilizarse en circunstancias en las que el o los medios ideales no funcionan.

Como corolario, si he intencionalmente exceptuado de esta última línea argumental la clonación humana vía separación embrional (gemelación), se debe sencillamente a que ninguna autoridad científica identifica en ella los problemas derivados “de los efectos secundarios” de las técnicas de clonación por transferencia de núcleos provenientes de células de individuos ya nacidos (células diferenciadas) y, por lo tanto, menos aún cabe limitar o prohibir su desarrollo y práctica en los términos propuestos.

De esta manera, tanto la posición asumida, cuanto las manifestaciones enunciadas, expresan en términos generales los argumentos y cuestionamientos más representativos e ilustrativos con los que necesariamente deberemos enfrentarnos en un futuro ya no lejano todas las sociedades en el mundo, pues al no poder despreciar los muchos beneficios que las técnicas de recombinación del ADN, de la diagnosis y terapia genética así como de la clonación aportarán a los seres humanos, no queda más remedio que valorarlos junto con los riesgos y perjuicios que las técnicas actuales incorporan para que, a partir de ello, seamos capaces de establecer los límites que la sociedad en su conjunto considere idóneos para que no se entorpezca ni se frene el desarrollo científico tecnológico y médico, ni se ponga en riesgo o en peligro la vida, integridad y dignidad de los seres humanos.

De lo antedicho, consideramos evidente que a estas alturas de la investigación, una vez descritas y analizadas las técnicas de ingeniería genética y reproductora,

⁴⁸⁵ En un sentido similar, el Comité correspondiente al estudio de los aspectos científicos y técnicos de la clonación del multireferido *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 65, recomendó que en caso de autorizarse la utilización de las técnicas de clonación por transferencia de núcleos humanos, deberán desarrollarse ensayos controlados antes de permitir su uso. (recomendación N° 8).

debemos estar en aptitud de reconocer cuáles son los intereses jurídicos en conflicto y cuáles son a su vez los medios y las conductas que podrían llegar a afectar dichos intereses jurídicos.

V) DETERMINACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO DE LAS TÉCNICAS ANTEDICHAS.

Ciertamente, en líneas precedentes hemos ido sugiriendo los distintos intereses que confluyen a raíz del desarrollo de las técnicas de ingeniería genética, ingeniería reproductiva y manipulación genética que requieren de una efectiva ponderación normativa. Deseamos en este apartado, conforme a la sistemática propuesta, identificarlos y puntualizarlos para que, a partir de ello, concretemos su consecuente configuración como bienes jurídicos, paso previo para la determinación última que interesa, la configuración del bien jurídico penal.

a) En primer lugar, cuando nos referimos a las técnicas recombinantes del ADN, identificamos principalmente dentro de sus ventajas, las enormes posibilidades que de su desarrollo se vislumbran para la cura de enfermedades genéticas para las cuales hoy día no existe remedio, ya sea mediante la producción de medicamentos, químicos, vacunas, antibióticos, etc, o bien a través de la transferencia, reemplazo, eliminación o inclusive cirugía de aquellos genes defectuosos y de cuyo desorden se desprenden grandes y graves enfermedades para los seres humanos, cambiándolos por material genético correcto

Frente a esas ventajas, se han destacado en lo general los riesgos que también pueden observarse y que se identificaron en la posibilidad de intercambiar factores genéticos de unas especies a otras, vía la hibridación o formación de quimeras, la elección y/o selección de características genéticas o eugenésicas en los seres humanos mediante la utilización de gametos con determinadas características a través de las técnicas de ingeniería genética, la alteración de las características naturales expresadas en los genotipos humanos mediante la manipulación de células totipotentes (embrionales) o germinales con la consecuente alteración del patrimonio genético humano⁴⁸⁶ así como las alteraciones genético ambientales mediante el uso y liberación de cualquier forma de vida (microorganismos - bacterias) genéticamente alterados.

⁴⁸⁶ En opinión de FEMENÍA LÓPEZ, PEDRO J: "Límites jurídicos a la alteración del patrimonio genético de los seres humanos (Parte I)" Del ejemplar dactilografiado, es ciertamente una labor difícil definir el concepto de patrimonio genético por cuanto que en la propia noción de patrimonio confluyen connotaciones biológicas cuanto jurídicas. Así, dado que entre el ser preexistente y el ser nacido tienen características idénticas o al menos muy semejantes, ello indica que las características de un ser vivo constituyen un patrimonio que pueda transferir a "guisa" de herencia al nuevo ser que nace, constituyendo el patrimonio genético, como objeto de la herencia, el genotipo del ser vivo correspondiente a su linaje. Por lo tanto, desde el punto de vista estrictamente biológico, el cuadro o patrimonio genético es

En síntesis, observamos la existencia de un **enfrentamiento** entre un **derecho fundamental al desarrollo y creación científica y a la salud** por un lado, y un **interés a un patrimonio genético para la humanidad no alterado**, o en sentido negativo, a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana, y a vivir en un medio ambiente no modificado que pudiera poner en peligro la supervivencia de los seres humanos.

b) Los intereses jurídicos que se derivan de las técnicas de reproducción asistida son de muy variada índole; civil, familiar, administrativo y penal. Obviamente que no corresponde, dado el objetivo perseguido en el trabajo, atender a las forma en las que cada uno de los conflictos generados ha sido resuelta en cada área en particular, sino tan sólo destacar y recoger aquellas cuyo vínculo con nuestra materia resulte determinante.

Así, recogimos por un lado que el derecho a la reproducción humana, y concretamente, a la práctica de una técnica de reproducción asistida, es un derecho que puede fundarse, entre otros, en el derecho a la libertad personal, entendido como la facultad de autodeterminación y autonomía de la persona. No obstante, frente a la posibilidad que las técnicas de reproducción asistida conceden para que una mujer, en ejercicio de su libertad, pueda procrear sin estar unida (en matrimonio o concubinato) con varón alguno, se planteó en principio el **conflicto** entre éste **derecho a la procreación y; los derechos del nasciturus a tener una familia formada por dos padres**; a ejercitar cualquiera de los derechos constitucionales relacionados con la filiación para la identificación del o los progenitores y, finalmente, también en el caso en que el derecho a la procreación a través de la práctica de la técnica de reproducción asistida implique el nacimiento, previamente conocido, de un ser humano con una enfermedad o patología grave, **se planteó el conflicto entre dicho derecho a la procreación y el interés del Estado a la protección de la salud y del beneficio del interés general**.

Resumiendo, al **derecho a la procreación a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida se le anteponen intereses jurídicos del nasciturus, así como del Estado** (en la hipótesis del conocimiento previo de que el uso de una técnica de reproducción asistida coadyuvara a lograr el nacimiento de un individuo enfermo)

esencialmente una noción tanto colectiva como individual. Colectiva en virtud de que el patrimonio genético siempre bien constituido por un complejo de características transmisibles heredadas por mitad del patrimonio genético de los progenitores (genotipo) e Individual, por cuanto que la estructura genética no es una simple suma de elementos genealógicos, apareciendo así el concepto de fenotipo entendido como el conjunto de caracteres que se expresan normalmente en un ser vivo, necesario para sus funciones vitales como individuo.

c) En particular, en relación a la fecundación in vitro, los conflictos entre intereses jurídicos se incrementan en el ámbito de la filiación dada la posibilidad material de que en ella se utilicen gametos humanos de una pluralidad de individuos. No obstante, ellos terminan resolviéndose en la esfera del Derecho civil. Sin embargo, dado que través de ésta técnica tiene lugar la fusión extracorpórea de los gametos femenino y masculino, es indudablemente que de esta técnica es de donde se desprende y nace uno de los intereses que definitivamente marcan el desarrollo de la actividad jurídica en ésta materia: El preembrión humano in vitro, la naturaleza de su protección, **la determinación de si es o no una vida humana**, a partir de cuándo es así reconocida y, consecuentemente, *sus formas de protección ante las cada vez mayores posibilidades materiales de actuación sobre él.*

Por consecuencia, se impone la necesidad de ponderar a partir de ello entre:

- i) **El interés legítimo a procrear** - vía la práctica de una técnica de fecundación in vitro -, frente a **la pérdida** consecuente - implícitamente necesaria en su desarrollo - **de preembriones humanos extracorpóreos.**
- ii) También, a partir del preembrión humano surge, en el caso de la investigación y experimentación sobre objetos humanos, un evidente conflicto entre el **interés del científico a la investigación y experimentación**, de cuya práctica indudablemente surgen enormes beneficios para los seres humanos, y el **interés de los seres humanos a que no sea minada o disminuida su capacidad de desarrollo personal**, ello es, según el carácter o estatuto jurídico que la legislación otorgue, o **como embriones o fetos** en cuanto tal o bien, como **futuras personas.**
- iii) **Más no sólo eso**, ya que según observamos, dado que si en los primeros estadios de desarrollo embrional las células embrionales tienen aún naturaleza totipotente, la actuación que sobre éste (y consecuentemente sobre las células no diferenciadas, lo que incluye también a los gametos) se realice y que impliquen cualquier forma de alteración a su secuencia original, **constituirán una forma de alteración del patrimonio genético**, ya no sólo del embrión, feto o persona misma, sino que trascenderá, dada su especial naturaleza, a su descendencia y consecuentemente a **la especie humana en lo general.**

d) Ese mismo conflicto es extensivo a los casos del diagnóstico genético pre y postimplantatorio (prenatal) y la terapia genética. En el primer caso, el conflicto se centra **entre el interés o derecho a la investigación** por un lado y el **interés a tener descendencia sana** por el otro, **frente al derecho** que se otorgue (o no) a dicha realidad en cuanto **vida humana** reconocida y protegida. En el segundo caso, dada la

naturaleza del preembrión humano en sus primeros estadios, el conflicto se centrará también entre el interés a tener descendencia sana y el **interés de los seres humanos a tener un patrimonio genético no manipulado o alterado.**

e) Finalmente, en el caso de la **clonación o de la partenogénesis**, el aparente **conflicto de intereses** jurídicos **se centra** en el interés o **derecho del ser humano a ser único e irrepetible**, (lo que involucra como supuestos derechos el derecho a la individualidad, irrepetibilidad, identidad, intangibilidad, dignidad humana, dotación genética doble y personalidad) así como en el **interés de conservar la diversidad y variedad genética de la especie humana** y, según se determine el estatuto jurídico del embrión no anidado (in vitro), en el **derecho a la vida que éste encarna**, así como el **derecho de la futura persona a una dotación genética doble**, ello es, a ser **producto de la fusión de gametos masculinos y femeninos**, frente al interés o derecho a la investigación científica, el derecho a la procreación de personas estériles, o el derecho a la salud de personas enfermas a través del uso y aprovechamiento de los avances científicos y médicos que se obtendrían del preembrión clonado en áreas como la producción de tejidos, huesos, células, etc, para transplantes y otros tipos de aplicaciones médico curativas o industriales.

Consecuentemente, aún y cuando hemos identificado los intereses jurídicos en conflicto que estimamos se derivan del desarrollo de las técnicas de ingeniería y manipulación genética, así como de ingeniería reproductiva, resulta impostergable para poder apreciar cómo se ha realizado en el Ordenamiento español la síntesis conflictual entre esos intereses ajenos y encontrados - dado que como podemos observar **la gran mayoría de las actuaciones en estos campos son o necesaria o intrínsecamente realizables en las etapas más incipientes y primarias de la vida humana - sobre el embrión humano no anidado**, (concretamente in vitro), y en menor medida sobre el anidado y el feto - determinar cuál es la naturaleza de la protección jurídica dispensada al preembrión, embrión y feto humano, pues a partir de él y del correspondiente estatuto jurídico, podremos pasar a realizar, entender o criticar, insisto, la ponderación que entre los distintos intereses jurídicos en conflicto realizó el legislador y que, irremediablemente, en la gran mayoría de éstos casos involucra principalmente al embrión extracorpóreo así como al embrión y al feto humano.

Reitero, sólo a partir de ello será posible valorar cuál de los intereses jurídicos una vez ponderados, merece una mayor valoración - bien jurídico - y cuál de entre estos requiere ser protegido a través del Derecho penal.

1. ¿ES EL DERECHO A LA VIDA UN INTERÉS JURÍDICO IMPLICADO COMO LÍMITE A LAS TÉCNICAS DE INGENIERÍA GENÉTICA, REPRODUCTORA Y A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA?

1.1. El derecho a la vida.

Para abordar esta cuestión, en primer lugar debemos empezar por analizar cuál ha sido el desarrollo jurídico y doctrinal del derecho a la vida en marco de la regulación española.

Al ser el derecho a la vida la base y soporte del ejercicio de cualesquiera otro derechos fundamentales, ha llevado a afirmar a algunos autores su carácter absoluto, por lo que todos los demás derechos fundamentales deben subordinarse a éste y ceder ante un conflicto con el mismo.

De esta manera, el derecho a la vida es el primer derecho fundamental del ser humano, y su existencia es el presupuesto básico para la concurrencia de todos los demás, pues sin él no existe fundamento para los demás derechos. No obstante, como ya lo ha declarado el Tribunal Constitucional, ningún derecho es absoluto o ilimitado, incluyendo el derecho a la vida. (como puede observarse en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, etc) lo que tiene indudablemente una trascendencia mayúscula para los efectos de este trabajo, pues el TC al pronunciarse así, ha también declarado que **la vida del concebido**, aunque es un bien jurídico constitucionalmente protegido, **puede ceder en situaciones de conflicto ante otros intereses de la madre**, con lo que se evidencia que a partir de ello, la tutela de la vida humana comporta también una paralela relatividad en cuanto a su protección, pues ya así se quiebra en lo fundamental el principio de tratar a la vida humana siempre como el valor absoluto⁴⁸⁷.

Precisamente, ante los acelerados avances que en el campo científico se presentan y que han permitido u originado una mayor posibilidad de intervención en el proceso continuo de la vida humana, desde la fecundación hasta la muerte, el concepto del derecho a la vida al que hemos estado acostumbrados resulta ser insuficiente⁴⁸⁸; debido a ello, **los problemas más importantes que se plantean en relación con la vida, se refieren a la definición y tratamiento biológico jurídico del comienzo y del final de la vida.**

“El reconocimiento del derecho a la vida ha sido significativo en tanto no se ha hecho patente la posibilidad de la Biología y la Medicina de manipular el comienzo y el

⁴⁸⁷ KAUFMANN, ARTHUR: *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, Avances de la Medicina y Derecho penal, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, PPU, Barcelona, 1988, pág. 41.

⁴⁸⁸ Razón por la cual, el concepto de vida humana que para el derecho ha tenido un corte naturalista, experimente en la actualidad un proceso de normativización. Ver; RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, MANUEL: “Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana”, Doctrina Penal, año 12, abril - septiembre 1989, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, pág. 288.

fin natural de la vida humana por medios artificiales"⁴⁸⁹, por lo que a partir de ese momento o posibilidad se aprecia la necesidad de determinar o **crear un estatuto jurídico de la vida humana** que comprenda todos los estadios de esta forma coherente y en el que se tutelen eficazmente los correspondientes derechos y libertades constitucionales.

1. 2. Concepto.

Una primera aproximación, detrás del complejo concepto del derecho a la vida, permite entenderlo como el derecho a la propia existencia, físico - biológica del ser humano⁴⁹⁰. Así, para MAUNZ DURIG HERZOG⁴⁹¹, **el derecho constitucional a la vida es antes que nada el derecho a la propia existencia fisicobiológica**, de manera tal que el concepto constitucional de vida es un **concepto puramente naturalistico**, pues en cuanto se cumplen los correspondientes presupuestos biofisiológicos **hay que reconocer la presencia de la vida cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de presentación social de su titular**⁴⁹².

No obstante, el objeto sobre el que recae el derecho a la vida en sentido estricto se refiere a la preservación desde el comienzo de la misma hasta su terminación, es decir, **el derecho existe únicamente desde y mientras que la vida existe**, en virtud de que sólo a lo largo de ella puede plantearse la titularidad del derecho que tiene a la misma.

De ahí que sea de máxima importancia e interés **determinar a partir de qué momento es posible afirmar la existencia de la vida** y a partir de que momento la vida ha cesado, para conocer así, al mismo tiempo, hasta donde ha de extenderse su respeto y su protección como derecho y, en su caso, como bien jurídico⁴⁹³. En

⁴⁸⁹ KAUFMANN, ARTHUR: *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, ob cit, pág. 41.

⁴⁹⁰ Así; MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO: "El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, Nº 2, pág. 147.

⁴⁹¹ Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Artículo 15, Derecho a la Vida*, en; *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid 1997, pág. 271.

⁴⁹² RODRÍGUEZ MOURULLO en su obra citada, pág. 272 y 273, destaca que al decir que el concepto de vida es un puro concepto naturalistico, quiere subrayar que la existencia o inexistencia de vida no se puede hacer depender de valoraciones sociales y que, en cuanto se cumplen los correspondientes presupuestos biofisiológicos, hay que reconocer la presencia de vida, cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de prestación social de su titular.

⁴⁹³ En el mismo sentido, ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 28, para quien la importancia del derecho a la vida es evidente en virtud de que en éste derecho se sustentan todos los demás derechos al constituirse como el soporte y la

consecuencia, determinar cuándo existe y cuándo no vida, es una tarea científica cuyas conclusiones deben ser recogidas por el Derecho a fin de que éste cumpla la labor encomendada; esto es, no sólo hay que determinar cuándo comienza (o termina) la vida sino, a partir de los criterios científicos aportados, saber a que nos referimos cuando hablamos de vida humana, y cuándo y cómo debe ser protegida.

2. Determinación del momento a partir del cual comienza la vida humana.

Criterios científicos.

2.1. La concepción o fecundación. Entre los científicos, ya sean biólogos, genetistas, médicos, etc, existía un acuerdo unánime sobre la afirmación de que la vida humana comenzaba en el momento de la fecundación; es decir, cuando se unen el óvulo y el espermatozoide, sosteniendo que no hay duda científica de que el cigoto es distinto de la madre (no una parte de ella) y con un programa genético propio y específicamente humano⁴⁹⁴. No obstante, **“el acuerdo comienza a romperse cuando se trata de precisar si en esos momentos iniciales - estadios - puede hablarse de un individuo nuevo, o de si ese organismo nuevo es una persona humana”**⁴⁹⁵. Veamos ambas posturas.

Por un lado, un punto en común que puede encontrarse entre los hombre de ciencia es que **la fecundación comienza con la incorporación del espermatozoide en el citoplasma celular, produciéndose la activación del óvulo**. “En la secuencia de cambios que lo contemplan, en primer lugar está la transformación de uno y otro núcleo, para formar los pronúcleos masculino y femenino, seguida de la fusión nuclear”⁴⁹⁶, proceso que se desarrolla de modo autónomo, bajo el control de un programa inmanente de la propia célula cuyo resultado más importante es la reducción del número de cromosomas de 46 a 23. “Como si se tratara de un programa de ordenador electrónico, la información está archivada en esos 23 filamentos de ADN, tanto en el óvulo como en el espermatozoide. Representan, en cada una de las dos células,

condición necesaria que permitirá a cada individuo ejercitar y desarrollar sus facultades personales, pues cuando la persona es privada del derecho a la vida, es, automáticamente, desposeída de absolutamente todos los demás derechos.

⁴⁹⁴ GAFO FERNÁNDEZ; JAVIER: *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicación de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 42.

⁴⁹⁵ *Ibídem*.

⁴⁹⁶ LÓPEZ GARCÍA, G: *Comienzo de la vida del ser humano*, Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, Nº 29, 1985, pág. 227.

solamente la mitad de la información genética propia del organismo materno y paterno del cual proviene"⁴⁹⁷.

Esta tesis se funda en la racionalidad biológica, porque la fusión de los gametos representa el único salto de cualidad, que no se repite⁴⁹⁸. De esta manera la unión de ambos pronúcleos y el agrupamiento de los cromosomas diferenciados en cada uno de ellos es la etapa final que termina a las pocas horas de la entrada del espermatozoo en el óvulo, y cuando se funden los dos gametos se dispone ya de toda la información genética, necesaria y suficiente, para expresar todas las cualidades innatas del nuevo individuo, de manera tal que cada nuevo ser concebido recibe una combinación completamente original que no se ha producido antes y que nunca más se volverá a producir, habiendo desde ese preciso momento un nuevo organismo cuyo programa de vida y desarrollo no se identifica con el de sus progenitores.

Esta primera célula del nuevo ser vivo tiene grabado el programa que organiza después todas las células de ese organigrama y forman parte de su unidad. En palabras de SARMIENTO, RUIZ PÉREZ, y MARTÍN, J. C, todo queda organizado como sólo ese ser vivo puede estarlo según el plan que quedó trazado en la unión de los pronúcleos. Con la unión de las dos células sexuales se establece un nuevo programa, un genotipo distinto del de cada uno de los padres, que se muestra activo desde el primer momento, aunque esta actividad vaya desplegándose gradualmente.

Por consiguiente, a pesar de que el embrión no desarrolle en sus primeros estadios la imagen de un hombre, todo ese conjunto de células pueden ser consideradas como un ser humano lleno de potencialidades que deben aun desarrollarse, y por ello, bajo esta reflexión, biológicamente puede afirmarse que **la vida humana comienza con la concepción** pues desde ese momento "existe un nuevo organismo que posee todas las condiciones que hacen de él un ser único, distinto del organismo materno, dotado de todas las posibilidades de un individuo humano a la espera de su despliegue"⁴⁹⁹, afirmación, dicen los autores antes citados, que se desprende de la evidencia ineludible aportada por los avances de la moderna genética molecular en el sentido de que existe conocimiento que el cigoto contiene ya en su ADN toda la información por reunión de los 33 x 10 pares de bases del ADN de cada

⁴⁹⁷ RODRÍGUEZ LUÑO, A - LÓPEZ MONDEJAR, R: *La Fecundación in Vitro*, Palabra Madrid, 1986, pág. 92.

⁴⁹⁸ MANTOVANI, FERRANDO: "Uso de gametos, embriones y fetos en la investigación genética y con propósitos cosméticos e industriales", *Biotechnología y Derecho*, 1997, pág. 252, define esta tesis como personalista, mientras que las posiciones que posponen el inicio del ser humano a fases posteriores del desarrollo embrionario, las define como utilitaristas.

⁴⁹⁹ SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G, y MARTÍN, J, C. : *Ética y genética*, ob cit, pág. 43.

gameto⁵⁰⁰; que inmediatamente después de constituido tal programa empieza su ejecución, y que desde el punto de vista biológico, la vida de un individuo es la ejecución de ese programa. “De modo que es falso señalar el comienzo de la condición humana en el parto, a las 28 semanas o a las 20, o en cualquier otro momento distinto de la concepción”⁵⁰¹.

Es decir, **si seguimos ésta hipótesis**, desde el momento de la fecundación se considera que estamos frente a un individuo humano⁵⁰² lo que **implica afirmar que el embrión no es sólo un proyecto o una fuente potencial de vida**, sino un verdadero ser humano cuya capacidad de desarrollo se da en la primera célula embrional.

2.2. La anidación. Sin embargo, el otro punto de vista, aquel que no acepta que desde la fecundación exista ya vida humana, se basa en dos argumentos que plantean una serie de interrogantes que surgen del mismo ámbito científico del cual se extrae esta primera posición.

En efecto, la contra parte **científica manifiesta su oposición a considerar que desde o a partir de la fecundación hay vida humana** o condición individual del cigoto⁵⁰³, *por cuanto estiman que para poder hablar de una vida humana desde el punto de vista genético debe existir plena individualización del nuevo ser*, entendida a partir del cumplimiento de las propiedades de unicidad (ser único e irrepetible) y de unidad (ser uno sólo), *de manera tal que al evidenciarse que ambas propiedades*, como lo demuestra la posibilidad de que haya un desdoblamiento del cigoto, (formación de gemelos monocigóticos) *no quedan definidas en el desarrollo embrionario sino hasta la aparición del sistema nervioso (línea primitiva, cresta neural) que ocurre hacia el día decimocuarto a partir de la fecundación*, coincidiendo con la terminación de la implantación del blastocisto en las paredes del útero, y dado que no es sino hasta la segunda semana (14 días) en que se dan estos cambios notables en la estructura

⁵⁰⁰ Afirmación que es rechazada por LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN, en “La naturaleza genética del hombre: Consideraciones en torno al aborto”, Cuenta y Razón, Nº 10, 1981, pág. 39 - 41, quien afirma que los **últimos descubrimientos** genéticos indican que durante el proceso inicial del cigoto, **genéticamente éste no posee todavía toda la información necesaria para el proceso embriogenético** que determinará las características biológicas del futuro individuo.

⁵⁰¹ DEL AMO, A: *Eugenesis*, en LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: *Deontología biológica*, Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, pág. 337.

⁵⁰² Así, entre muchos; VILACERO, M.D: “Comienzo de la vida humana”, Revista General de Derecho, Valencia, septiembre de 1998. Desde la fecundación del óvulo se da origen a un nuevo Código genético individualizado a partir del cual existe el ser “persona”; BRASILEIRO DE AZAMBUJA, R: Desde la concepción el preembrión es persona; “El nasciturus es persona humana”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1984, Nº6, pág. 9.

⁵⁰³ Utilizando la expresión preembrión para designar las dos primeras semanas de formación.

embrionaria, (ésta aparece) es decir, el cigoto se muestra morfológicamente definido y delimitado y a la vez ya se aprecia una diferenciación sobre la que se desarrollarán, poco a poco, las diversas modificaciones que hacen más evidente la figura del embrión y posteriormente del feto⁵⁰⁴, no puede hablarse aún en la fecundación de una vida humana.

Así mismo, y dado que también antes del final de las dos primeras semanas existe la posibilidad de la formación de quimeras humanas (fusión de embriones), no es posible afirmar el carácter individual del embrión y con ello el comienzo de la vida humana, y hasta en tanto la posibilidad de que dicha fusión no se agote, el embrión no es ni puede ser considerado individuo humano⁵⁰⁵, requisito sobre el cual recae lo que se suele llamar vida humana.

De esta manera, en atención a que el final de la segunda semana señala el fin de la posibilidad del embrión tanto de dividirse (división gemelar o generalidad monocigótica) cuanto de formar quimeras humanas, y por último, como alrededor de esta fecha tiene lugar la anidación, los juristas (y no los científicos) han considerado necesario dividir la fase embrionaria en tres partes⁵⁰⁶; la primera, desde la fecundación hasta la aparición de la estría embrionaria o hasta que sucede la implantación⁵⁰⁷; la

⁵⁰⁴ Ver; LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: "Manipulación Genética en la Especie Humana", *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, pág. 28.

⁵⁰⁵ Contra este razonamiento calificado de poco riguroso se pronuncia LÓPEZ GARCÍA en su obra citada, página 231, quien señala que "si en un primer momento había dos individuos y si después, espontáneamente, por un cambio anormal en un determinado grado de multiplicación celular se encontrase sólo uno, no significaría fusión de unas partes que aún no eran individuos. Lo ocurrido habría sido que uno de los dos individuos en fase de mórula habría incorporado células de otro, que quedaría desintegrado. Significaría la muerte de este último, mientras que el otro continuaría viviendo con la incorporación de nuevos genes a expensas del que había desaparecido".

⁵⁰⁶ LACADENA CALERO: "La naturaleza genética del hombre: Consideraciones en torno al aborto", ob cit, pág. 41, distingue tres etapas básicas en la biología de la reproducción humana. 1ª - Gametos - Fecundación - Cigoto. 2ª - Cigoto - Mórula - Blastocisto - Anidación. 3ª - Anidación - Feto.

⁵⁰⁷ Quienes consideran que desde la fecundación existe ya vida humana, sostienen que **el término preembrión no obedece a una finalidad científica sino ética**, pues si se estima (acepta) que antes de la segunda semana el embrión no es embrión y por ello no es individuo o vida humana, se esta negando la continuidad del proceso generativo de la nueva vida, poniéndose un término límite - 2 semanas - a partir del cual se puede hablar de embrión, individuo o vida humana, que llevará a la desprotección en las dos primeras semanas de ese ser, al no considerarlo todavía embrión, de manera tal que la experimentación, manipulación y cualquier otra forma de investigación dentro de éste periodo podría considerarse justificada y permitida sin limitación alguna en virtud de tratarse simplemente de células humanas individuales pero que aún no conforman un individuo, siendo esto precisamente uno de los puntos sobre los que debemos arribar a una serie de conclusiones que nos permitan entender, identificar y criticar sobre que exactamente recae, como objeto de protección de la norma, los tipos penales de reciente creación en el Ordenamiento penal español, respuesta que sólo

segunda, a partir de la implantación, gestación o anidación, momento éste a partir del cual se puede hablar propiamente de embrión, y la tercera a partir del periodo de la embriogénesis en la que ese embrión alcanza la consideración de feto y, probablemente después, neonato.

Es decir, si bien será innegable que desde el momento de la fecundación ha surgido una nueva realidad humana distinta de los progenitores, que se desarrolla en virtud de un dinamismo inmanente propio, cierto es también, dice Haring, que el problema está en que una vida humana sólo puede darse si existe una individualización completa, por lo que, mientras exista esta posibilidad (de dividirse o de formar quimeras) el embrión no es individuo y consecuentemente, para efectos jurídicos, vida humana⁵⁰⁸.

Luego entonces, desde esta perspectiva, la importancia de la anidación es mayúscula pues determina la singularidad biológica del embrión; de ahí que, como lo propone LACADENA⁵⁰⁹, podría decirse que desde la fecundación hay vida y a partir de la anidación hay vida humana⁵¹⁰. Es decir, el fenómeno de la individualización, que tiene lugar con la anidación del óvulo en el útero de la mujer a los 14 días, **es señalado científicamente como el comienzo de la vida humana**, aunque no es menos cierto, diría GAFO, que ningún científico se negará en aceptar que a partir de la fecundación

obtendremos una vez que determinemos a partir de cuando el derecho en España reconoce o protege la vida humana.

⁵⁰⁸ No obstante, para BUSTOS PUECHE esta distinción de la fase embrionaria (y que en el derecho se traduce en la distinción entre un preembrión, embrión y feto con todas sus consecuencias), no es sino un olvido de la naturaleza de las cosas y un regreso inexplicable, a finales del siglo XX, a la teoría aristotélica sobre la embriogénesis que consideraba que en el proceso embrionario se sucedían importantes mutaciones cualitativas, lo que desde un punto de vista científico es impresentable pues el principio de no variación de la identidad biológica resulta indiscutible en el estado actual de la ciencia biológica, según el cual la especie se conserva durante la embriogénesis, “de suerte que el embrión desde el primer momento de su existencia no puede ser otra cosa distinta de la que es nueve meses o nueve años después; un ser vivo perteneciente a la especie humana”, careciendo de sentido establecer fases en la significación de las mutaciones esenciales o cualitativas del embrión. Ver; BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: “El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas”, La Ley, 1992, pág. 923.

⁵⁰⁹ LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: “Status del embrión previo a su implantación, La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas”, Universidad Pontificia Comillas, 1989.

⁵¹⁰ En el mismo sentido; TRIAS ROCA, ENCARNA: “The perplexities of Law, Misteries of Embrios”, Revista de derecho y genoma humano, 1/1994, pág. 130, para quien no hay disputa a nivel biológico que la vida existe antes de la implantación del embrión; BÚLOW V. DETLEV: “Problemas Jurídicos y Éticos de la Medicina del Transplante”, ob cit, pág. 236, para quien la vida humana comienza con la fecundación, debiéndose protegerse desde el comienzo aunque difiriendo, tan sólo, los criterios en cuanto a la medida y amplitud de dicha protección.

surge una realidad nueva y distinta - el cigoto - con una potencialidad propia y autonomía genética⁵¹¹.

Diametralmente opuesta a esta argumentación basada en el criterio de la anidación se manifiesta VILA CORO BARRACHINA, MARÍA DOLORES, para quien la refutación al argumento es evidente.

El embrión que no vaya a dividirse será indiscutiblemente único desde el primer momento, sin razón para que se limiten sus derechos, pues no se sabrá lo que puede sucederle hasta transcurridos 14 días en que se haya comprobado experimentalmente que sigue siendo uno⁵¹². "No afecta a su existencia nuestro conocimiento de la situación, no se puede involucrar un aspecto gnoseológico con uno ontológico....El hecho de que vaya a dividirse en dos no significa que antes no fuera un individuo absolutamente uno"⁵¹³.

En otras palabras, dice la autora, la verdad científica está invertida premeditadamente. En el caso de los gemelos monocigóticos, la individualidad si está definida, lo que no se conoce es si se va a desdoblar en gemelos o va a continuar su proceso unitario. "La regla general es el individuo; la excepción, la réplica de si mismo por escisión o partenogénesis"⁵¹⁴.

Las posiciones aludidas, en lo que al Derecho importa, exigen precisar que **la cuestión es** por tanto, se insiste, no tanto determinar el inicio y el final de la vida humana sino desde cuando y hasta donde debe existir protección jurídica⁵¹⁵, es decir, **resolver si el comienzo de la protección jurídico y jurídico penal de la vida debe comenzar con la fecundación o bien con posterioridad, cuando se produce la**

⁵¹¹ GAFO FERNÁNDEZ: *Nuevas técnicas de reproducción humana*, ob cit, pág. 43. En el mismo sentido TRIAS ROCA: "The Perplexities of Law. Misteries of Embrios", ob cit, pág. 130, y; FERNÁNDEZ NIETO, MARCELO: "El derecho a la vida", *Revista General de Derecho*, Nº 504, año 1986, pág. 3679, quien también menciona que nadie puede poner en duda que ante el embrión estamos ante una vida humana.

⁵¹² Coincide con la opinión de VILA CORO, STORCH DE GRACIA Y ASENCIO, J.G: "Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido" *La Ley*, junio de 1987, pág. 3, pues en esos supuestos, anormales, no debe negarse la existencia de vida humana, sino la posibilidad de que exista más de una.

⁵¹³ VILA CORO BARRACHINA, MARÍA DOLORES: "El comienzo de la vida humana", *Revista General de Derecho*, Nº 528, 1988, pág. 5796 y 5797.

⁵¹⁴ *Ibidem*, pág. 5800.

⁵¹⁵ En el mismo sentido GÓMEZ PAVÓN, PILAR: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, para quien al Derecho penal le interesa, no tanto conocer con exactitud a partir de qué momento existe vida humana, sino desde cuando esa realidad, el ataque a la misma, merece dicha protección.



anidación, conscientes que del acuerdo que se acoja obtendremos criterios (diversos) para deslindar los muchos supuestos que desde la óptica penal se pueden presentar en las técnicas de ingeniería genética, reproducción asistida o en el aborto, lo que quiere decir para ROMEO CASABONA, no que el Derecho se somete a los resultados de las ciencias biomédicas, sino que, al corresponder a los especialistas suministrar los datos científicos sobre una determinada realidad, al jurista corresponde valorar, de acuerdo con los métodos y propósitos normativos que le son propios, dichos datos, ya que el Derecho pertenece al campo de las ciencias valorativas y puede, en función de ello, establecer distintos grados de protección a lo largo del proceso que constituye la vida humana.

Empero, si bien es claro que precisar o concretar científicamente el momento del inicio de la vida es trascendente, pues a partir de ello el Derecho debe reconocer la protección jurídica real, es decir, aunque el legislador valore una realidad y tenga facultades para establecer diferentes formas y métodos de protección⁵¹⁶, no puede desvincularse de esa realidad. En este caso no resulta fácil para el Derecho recoger o escoger dicha determinación del momento en que biológicamente se da el inicio de la vida humana, pues la misma ciencia nos aporta datos que hay que tener presente sobre los fenómenos en el inicio del desarrollo embrionario descubiertos por las ciencias biomédicas y que provocan que el jurista cuente con dos posiciones, indudablemente científicas y efectivamente diferentes.

Por tanto, la determinación de cuándo da inicio la vida, que si bien es cierto debería resolverse exclusivamente bajo parámetros biológicos y científicos, bien lo dice el profesor ROMEO CASABONA, terminará siendo resuelta a través de la introducción de criterios valorativos para acotar los biológicos, lo que significa que el jurista está obligado a **pronunciarse frente a esa o esas realidades biológicas**, introduciendo juicios de valor, **a fin de determinar cuál debe ser**, de entre esos dos momentos - fecundación - anidación - **el momento mas conveniente para reconocer jurídicamente dicha realidad biológica como el inicio de la vida y**, consecuentemente, el momento a partir del cual debe o no intervenir el Derecho (no sólo penal) para proteger el o los bienes jurídicos que consideremos entran en juego y que se encuentran incardinados y/o estrechamente vinculados al embrión humano no anidado.

En otras palabras, a la luz de los actuales conocimientos científicos, sólo es posible admitir una diferenciación entre las fases de la fecundación y anidación

⁵¹⁶ Estableciendo, por ejemplo, diferentes penalidades para el delito de aborto u homicidio, lesiones, etc.

“poniendo en contacto argumentos biológicos - médicos y métodos jurídicos de interpretación”⁵¹⁷.

Y dado que por el momento ya tenemos los datos científicos, ahora nos falta encontrar los criterios jurídicos de interpretación para finalmente ponerlos en contacto y estar en aptitud de entender o reconocer, jurídicamente, el instante o momento más adecuado a partir del cual se ha determinado habrá vida humana protegida por el Ordenamiento.

3. El inicio de la protección jurídica de la vida en el Ordenamiento jurídico español.

Como hemos podido observar, **los nuevos y constantes avances en el área de las ciencias médicas han incidido** de manera determinante, ante el mayor y profundo conocimiento sobre las características biológicas, fisiológicas y genéticas del no nacido, **ha replantear el criterio tradicional que vinculaba el comienzo de la vida humana con el de la fecundación del óvulo o la concepción.**

Debido a ello, para poder estar en aptitud de distinguir el momento a partir del cual y el porqué el Derecho en España ha determinado, partiendo de los conocimientos científicos aportados, el comienzo de protección de la vida humana, es necesario en principio adentrarnos al estudio de la legislación en su conjunto, esto es; del texto constitucional, de las normas administrativas y penales, así como de la incidencia que sobre esta cuestión se ha derivado del tratamiento del aborto y su despenalización, de cuyas conclusiones se desprenderán indudablemente premisas, jurídicas, sin las cuales imposible resultaría continuar con el desarrollo de este trabajo⁵¹⁸.

El derecho a la vida cuenta con una protección jurídica amplia, dentro de la cual podemos destacar: En el plano constitucional, el artículo 15 y todos los tratados o convenios internacionales de los que España es parte y que pasan a ser norma fundamental o constitucional en los términos del artículo 96.1⁵¹⁹. En el plano infraconstitucional, la vida humana como bien jurídico es protegida por el Código Penal, el Código Civil y la legislación administrativa. Empecemos con el análisis del artículo 15 de la CE.

⁵¹⁷ LÜTTGER HANS: *Medicina y Derecho Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1984, pág. 49.

⁵¹⁸ Cabe aclarar que por no corresponder al objetivo de nuestro trabajo, no asumiremos posición alguna en relación al tema del aborto, sino que simplemente retomaremos las premisas que se han derivado de su análisis, en relación con la vida y el momento de su protección.

⁵¹⁹ Entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos políticos y civiles, El Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y las Libertades Fundamentales.

3.1. El artículo 15 de la CE.

Dice el artículo 15 de la CE:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral⁵²⁰, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos degradantes. Queda prohibida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares de guerra”.

La cuestión que con más agudeza se plantea de la interpretación del artículo 15 Constitucional es la de establecer el alcance de ese derecho a la vida, concretado en el significado “todos”. Es decir, si dicho término incluye o no, además de la vida de las personas (ya nacidas) la vida del concebido.

Un primer acercamiento a esta interrogante se puede encontrar en aquellas lecturas del anteproyecto del actual artículo 15 de la CE. En ellas, podemos observar, y de ello derivar, un primer indicio que ayude a clarificarla ya que, según se observa, en principio se intentó sustituir el término “todos” por el de “personas”, aunque finalmente el pleno del congreso regresó al texto originalmente propuesto⁵²¹, lo que significa que en la mente del legislador estaba la idea de reconocer la protección del derecho a la vida a los seres humanos no nacidos⁵²².

Para CUERDA RIEZÚ, la discusión de si el término “todos” comprende al no nacido esta ya superada, pues todos incluye algo más que las personas, por tanto también al

⁵²⁰ Según opinión del profesor ROMEO CASABONA, el reconocimiento al derecho a la vida establecido por el Constituyente español tiene un valor de símbolo pues, este derecho es inherente al ser humano y no necesita reconocimiento alguno; Se sobreentiende que sin el Derecho a la vida no es posible el ejercicio de los demás derechos individuales y por lo tanto, su mención expresa en el más alto nivel normativo no fue (ni es) necesaria, sino que en realidad la inclusión del derecho a la vida en el texto constitucional obedece a dejar sentada la voluntad del Constituyente del rango que se reconoce a éste derecho como derecho fundamental.

⁵²¹ Sobre esto ver; RODRÍGUEZ MOURULLO: “Derecho a la vida”; *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ob cit, pág. 270.

⁵²² BAJO FERNÁNDEZ se opone a esto último y excluye al nasciturus del artículo 15 pues no puede reconocérsele un derecho a quien no está en condiciones de ejercerlo, citando como argumento la tesis del TC (sobre la que nos ocuparemos más adelante) que sostiene que el nasciturus no es el titular del derecho fundamental a la vida. Como contra argumento a esto último sostenido por BAJO FERNÁNDEZ, PORTERO GARCÍA, LUIS: *Problemas jurídicos actuales, (alcoholismo y aborto)* Málaga 1982, pág. 31, sostiene que si bien es cierto que ese derecho no le es posible ejercitarlo a quien todavía no ha nacido, existe un derecho que si puede serlo y es justamente el derecho a la vida, en virtud de que tanto el feto como el embrión constituyen cuando menos una forma de vida humana en desarrollo.

concebido⁵²³. No obstante, en contra de esta afirmación se esgrime el argumento de que los demás derechos fundamentales que la CE reconoce se refieren exclusivamente a personas y sólo pueden ejercitarlos quienes ya han nacido, lo que obliga a entender que “todos” no significa otra cosa que “todas las personas”⁵²⁴. Pero a pesar de ello, y a pesar de que el nasciturus no tiene capacidad para detentar derechos fundamentales, del precepto constitucional se deduce una norma objetiva que impide al Estado permanecer impasible ante el hecho de que se mate al nasciturus, y por lo tanto, entendido así, la vida del concebido es un bien jurídico que la Constitución reconoce y obliga a proteger jurídicamente⁵²⁵.

Por su parte, GÓMEZ PAVÓN sostiene que el artículo 15 es susceptible de varias interpretaciones y cualquiera de ellas requiere de una previa decisión del intérprete, siendo exigible únicamente en que la solución pueda derivarse del Ordenamiento jurídico, ya que al concluirse que el artículo 15 protege la vida humana y que eso es lo que significa la frase “todos tienen derecho”, tiene que aceptarse que de dicha protección dimanen dos deberes para el Estado y que son el respetar y proteger la vida⁵²⁶, entendiendo esta en un sentido naturalístico como realidad bio-fisiológica⁵²⁷, de

⁵²³ En el mismo sentido para GUALLART DE VIADA, citado por GÓMEZ PAVÓN, ob cit, pág. 217, la equiparación del término “todos” del artículo 15 de la Constitución, con “todas las personas”, no es razón suficiente para excluir al nasciturus, pues ya que la ubicación sistemática de los delitos de aborto en el Derecho Penal hace llegar a la conclusión contraria.

⁵²⁴ Cfr; GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Constitución y aborto”, en; *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983, pág. 83, para quien el término “todos” como sinónimo de todas las personas, impide extenderlo al nasciturus ya que la persona es aquella ya nacida de acuerdo con los artículos 29 y 30 del CC, considerando obvio que el artículo 15, al figurar dentro de este título I, se está refiriendo también a un derecho de la persona, y que es ella por consiguiente, y no el feto a quien se extiende la protección constitucional que le garantiza el Derecho a la vida.

⁵²⁵ De esa opinión ALZAGA, O; citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob cit, pág. 276.

⁵²⁶ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho a la vida*, ob cit, pág. 271. En sentido similar, ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 70 y ss, afirma que tanto éste como todos los demás artículos de la Constitución deben apuntar en una doble dirección de modo tal que, las constituciones y sus derechos no sólo constituyan los límites del poder del Estado frente al particular, ocupándose de las relaciones Individuo - Estado, sino que estos derechos fundamentales o constitucionales sirvan de base para establecer también los parámetros en las relaciones entre los particulares. Así, tanto el individuo como el Estado son sujetos activos y pasivos de los derechos constitucionales, pasándose de un derecho concebido como la simple norma de organización de los poderes de Estado, a un derecho Constitucional generador de derechos fundamentales y de obligaciones que se presentan en una doble dimensión; por un lado, entendidos como el conjunto de valores objetivos positivizados de la comunidad (institucional o normativa) y, por el otro, como auténticos derechos subjetivos que garantizan las situaciones y actuaciones individuales, lo que le lleva a concluir que el derecho fundamental a la vida contiene tanto el reconocimiento de un derecho subjetivo (capacidad de ser titular de un derecho) y la identificación de un bien jurídico

manera que sí se reconoce la vida en formación como bien jurídico protegido en el delito de aborto debe concluirse que dicho objeto de protección lo es a nivel constitucional a través del artículo 15 de la CE.

Es decir, el entresijo de si el artículo 15 de la CE abarca o considera al nasciturus empieza por despejarse (o enredarse) a través de las consecuencias jurídicas de la práctica y del proceso de despenalización del aborto llevado en España⁵²⁸, y que implicó tener que resolver el tipo de interés que se lesiona cuando éste se lleva a cabo, es decir, si se lesiona uno de tipo autónomo, personal o si se lesiona uno de tipo social o colectivo.

Las respuestas a dichas interrogantes han tenido una fuerte y determinante influencia en el Derecho español como consecuencia de la sentencia dictada por el TC cuando resolvió la inconstitucionalidad planteada por el Grupo Popular del Congreso de los Diputados en contra del Proyecto de Ley de Despenalización parcial del aborto.

En efecto, como sabemos bien, por lo que se refiere al **aborto** el Ordenamiento penal español se corresponde con el denominado **sistema de las indicaciones** que excluye la punibilidad de la mujer embarazada frente a los supuestos precisados en el propio Ordenamiento y que suponen o permiten caracterizarlo como una **“solución legal de diversos conflictos de intereses”**⁵²⁹ que implica ponderar entre el interés o los intereses de la mujer que se consideran preponderantes *frente al interés que se estime representa el fruto de la concepción*.

De esta manera, por ejemplo, considerar el aborto terapéutico como un supuesto de estado de necesidad⁵³⁰ donde la única forma de salvar la vida de la mujer es la destrucción del feto, lleva invariablemente a la **ponderación y determinación de los intereses en juego o en conflicto, y cuya identificación es quizá el quid de la cuestión**,

protegido constitucionalmente y que por lo tanto el respeto a la vida y el deber de ese respeto (en este doble marco constitucional), vincula no sólo al Estado, sino a los particulares.

⁵²⁷ GÓMEZ PAVÓN: *Tratamientos Médicos: Su responsabilidad penal y civil*, ob cit, pág. 220.

⁵²⁸ Sobre el desarrollo de este proceso despenalizador del delito de aborto, ver; HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: “El proceso de despenalización del aborto”, en *Actualidad Penal* No 35, 29 de septiembre - 5 de octubre de 1997. Editorial La Ley Actualidad S.A. pág., 765 - 810.

⁵²⁹ Así; LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *El aborto no punible*, Editorial Bosch, 1990, pág. 4.

⁵³⁰ Así; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1986, pág. 113 y ss; HUERTA TOLCIDO: “Criterios para la reforma del delito de aborto”, en *La despenalización del aborto*, Editor Santiago Mir, Servicios de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1983, pág. 10, para quienes el precepto destipificador del delito de aborto, en sus tres hipótesis, constituyen supuestos de estado de necesidad especialmente regulados.

pues si se afirma que lo que se lesiona es un interés autónomo, (la vida en formación) dicha conclusión nos llevará a afirmar que la CE protege jurídicamente la vida del nasciturus por lo que tendríamos que resolver, finalmente, hasta donde llegan los límites (constitucionales) de dicha protección.

Para LAURENZO COPELLO, determinar los intereses del lado de la mujer no presenta ni plantea conflicto (vida, salud, libertad e intimidad) a diferencia del que si se presenta cuando se trata de precisar los intereses sobre el otro lado de ella. Por ello, “el bien jurídico protegido en los delitos de aborto, dista de ser una cuestión resuelta por la doctrina, pudiendo señalarse, el interés demográfico del Estado, la esperanza de vida⁵³¹ como valor socio cultural⁵³², la vida e integridad física de la mujer, su derecho a la autodeterminación, la vida en formación...”⁵³³.

Así, mientras que en el aborto terapéutico la destrucción de la vida del embrión o del feto (vida en formación) se enfrenta con un interés, valor o derecho de la misma naturaleza⁵³⁴, (la vida de la mujer) y que permite justificarlo, en defensa del máximo y primigenio bien jurídico del que surgen todos los demás - la vida - ya sea que lo consideremos como una eximente de responsabilidad fundada en un estado de necesidad o inclusive, introduciendo el “principio del agresor”, como una legítima

⁵³¹ Así; HUERTA TOLCIDO, SUSANA: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pág. 19 y ss.

⁵³² LAURENZO COPELLO afirma que los dos primeros intereses, es decir, el interés demográfico del Estado y la esperanza de vida como valor socio cultural, no son bienes jurídicos reconocidos como derechos fundamentales y que por lo tanto, deben primar los derechos de la mujer que sí tiene ese reconocimiento, concluyendo entonces que si el bien jurídico es la vida en formación, la solución pasará por el alcance del artículo 15 de la CE.

⁵³³ GÓMEZ PAVÓN: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, ob cit, pág. 216 y 217.

⁵³⁴ Opina diferente ARROYO ZAPATERO quien sostiene que la protección de la vida del feto no procede del artículo 15 sino del artículo 39.2, ambos de la CE, reconociéndosele a la madre, en cuanto portadora de una vida, de los derechos a la integridad corporal, salud y libertad y “sobre esta base la vida del nasciturus adquiere garantías absolutas frente a ataques del Estado y de terceros pero no así de la mujer, de la cual derivan tales garantías” Cfr; ARROYO ZAPATERO, LUIS: “Prohibición de aborto y Constitución”, Revista de la Facultad de Derecho, monográfico 3, 1980, pág. 209. No obstante, debe destacarse que así entendido, sólo el aborto no consentido sería inconstitucional y constitutivo de un delito contra la madre, pues atentaría contra su libertad, el libre desarrollo de la personalidad, su intimidad, etc, **convirtiéndose así el nasciturus en un bien de libre disposición por parte de la mujer embarazada** y que implicaría que cualquier intento de tipificación del aborto con el consentimiento de la madre sería injustificable, lo que, afortunadamente aún, no es jurídicamente admisible.

defensa de la madre ejercida en contra de quien atenta contra la suya⁵³⁵, en el aborto ético y eugenésico el interés entre la vida en formación se enfrenta con otros de distinta naturaleza, (la libertad, la dignidad, la intimidad), por lo que, ya sea que decidamos considerarlo como una causa de justificación o bien como una causa de inculparidad (no exigibilidad de otra conducta⁵³⁶), sin duda que **la cuestión ha girado y girará en torno a si es o no legítimo establecer un límite al derecho fundamental a la vida** (en formación) **cuando el o los derechos fundamentales que constituyen el interés o conflicto son otros que la vida misma**⁵³⁷.

3.2. La STC 53/1985 de 11 de abril.

Ahora bien, por lo que se refiere a la doctrina constitucional española, ésta se pronunció sobre estos temas y sentó sus criterios a través de la STC de 11 de abril de 1985, misma que, en lo que aquí interesa, señaló: <<la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental - la vida humana - garantizado por el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional>>, considerando el TC que si bien el nasciturus no es titular del derecho a la vida⁵³⁸, su vida si constituye un derecho fundamental⁵³⁹; que la

⁵³⁵ Principio utilizado por MOISÉS MAIMONIDES quien vio en ello el fundamento para explicar porque en el marco legal del judaísmo (la Torah), desde hace ya milenios, no se encuentra prohibido sino positivamente permitido y exigido el aborto en caso de que la vida de la mujer corra riesgo por el embarazo.

⁵³⁶ Así la STC 53/1985 de 11 de abril.

⁵³⁷ Evidentemente que tanto para el TCE como para la inmensa mayoría de la doctrina, el conflicto entre el grupo de intereses y derechos fundamentales que entran en conflicto en las hipótesis del aborto ético y el aborto eugenésico (la libertad de la mujer, la dignidad, la intimidad, etc) debe resolverse en favor de esos intereses de la mujer, ponderación, dice GÓMEZ PAVÓN, que no debe realizarse atendiendo sólo al bien jurídico (vida en formación) sino a la situación completa. En contra de esta opinión OLIVA, A. DE LA, en; "¿Nasciturus o moriturus? Panorama jurídico sobre la vida humana en España", ob cit, pág. 85, quien estima que el aborto no penalizado significa que **el Derecho positivo estima existentes valores superiores a la vida humana**, considerando al aborto no penalizado una involución jurídica o una subversión regresiva del Derecho que trae como consecuencia que la muerte deje de ser un hecho jurídico para ser un acto jurídico. En similar sentido, para ESER los supuestos despenalizadores del aborto, si bien atienden a razones humanitarias comprensibles, convierten a la vida en gestación en un valor susceptible de ser ponderado e incluso desplazado por intereses materiales, anteponiendo la calidad de la vida a la existencia de la misma, terminando convertida la tan denotada pretensión de protección del embrión, en los hechos, en excepción, pues al permitirse destruir la vida para seguridad de otros bienes jurídicos, ésta (la vida) se convierte en objeto ponderable. Cfr; ESER, ALBIN: "Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico penal de la vida", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Serie I, Nº 3, Tomo XXXVII, Fascículo III, septiembre - diciembre, 1984, pág. 764 y ss.

⁵³⁸ A diferencia de lo que estableció el TC Alemán, que considera que la titularidad del Derecho a la vida es del concebido y de nadie más

relevancia del proceso vital <<es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte>>; que es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica; que la gestación genera una realidad distinta de la madre (un tertium existencialmente distinto de la madre) aunque alojado en el seno de esta y que dentro de ese proceso, partiendo de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, en la que tiene especial relevancia el nacimiento, y antes de él, el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente.

Antes de analizar el contenido de la resolución, derivado del criterio constitucional citado, podemos sintetizar que para el TC, el reconocimiento del derecho a la vida se apoya en el artículo 15 de la CE, y de cuya interpretación doctrinal se pueden enunciar los criterios que son posible extraer:

- a) El nasciturus no es titular del derecho a la vida⁵⁴⁰, pero si es un bien jurídicamente protegido⁵⁴¹.
- b) Del proceso continuo que es la vida y que comienza en la gestación y acaba con la muerte, son momentos especialmente relevantes, a juicio del TC; el

⁵³⁹ Otra sentencia anterior, STC 85/1984 de 27 de junio declaró que no hay inconveniente en reconocer que según el artículo 15 CE la vida humana en formación es un bien que Constitucionalmente merece protección.

⁵⁴⁰ Para SÁNCHEZ EZNARRIAGA: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 110 y 111, negar la titularidad del derecho a la vida al embrión o nasciturus es considerar que el embrión no es persona y por lo tanto no es sujeto de derechos. No obstante, tal y como el propio Tribunal lo declaró, el hecho de que no sea persona y que carezca de personalidad jurídica, no convierte al preembrión, embrión o feto humano en una cosa carente de toda consideración.

⁵⁴¹ CUERDA RIEZU, ANTONIO, en: "Comentario a la Sentencia 53/1985 de 11 de abril, Sobre el Recurso de Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que Introduce en el Código Penal el artículo 417 bis (Despenalización Parcial del Aborto)", Cuadernos de Política Criminal, Nº 28, 1986, pág. 248, considera la resolución como una sentencia "altamente política y con una fundamentación sorprendente a la vista de la evolución de la jurisprudencia constitucional", y califica ésta argumentación en particular (la no titularidad del derecho a la vida, pero si un bien jurídico protegido) como sumamente débil y que "hace agua por todos lados", ya que si se parte de que los derechos fundamentales dan base a un sistema de valores, y se entiende que el feto no es titular del derecho a la vida, pero si un bien jurídico con fundamento en el artículo 15 de la CE, ¿quién es entonces el titular de ese bien jurídico reconocido? Es decir, ¿cómo un no titular del derecho a la vida tiene a su vez derecho a ella?.

nacimiento y el momento en que el nasciturus sea capaz de vida independiente⁵⁴², y;

- c) La sentencia no distingue las fases de preembrión, embrión y feto por los que atraviesa el óvulo fecundado hasta el nacimiento⁵⁴³ y que son relevantes en las nuevas formas de procreación asistida humana⁵⁴⁴.

Así, el TC a nuestro juicio, e independientemente de lo mucho que se haya hablado y pueda decirse de ésta sentencia, ha complicado cualquier intento de reflexión, pues, en síntesis, en lugar de concretarse a señalar que para efectos de la tipificación o no del delito de aborto, al margen de la permisibilidad de las indicaciones, sólo ocurre una interrupción del embarazo una vez producida la nidación del óvulo fecundado en el útero materno, lo cual no determina nada acerca del comienzo de la vida humana, sino que **simplemente señala el momento en que empieza la protección penal del feto**⁵⁴⁵, afirmó, basándose en distintos argumentos biológico científicos, que la vida humana es un proceso que comienza con la **gestación**, sin indicar además, cuándo o a qué se refiere con ello.

Sobre esto último, una primera línea de elucidación es la sostenida por RODRÍGUEZ MORULLO el cual observa una diferencia entre gestación y concepción, por lo que es de la opinión de que el TC se refirió al fenómeno de la gestación como el

⁵⁴² Para el TC, el nasciturus es susceptible de vida independiente cuando adquiere individualidad humana, evento que ocurre a los 14 días cuando el cigoto no puede ya dividirse o formar quimeras.

⁵⁴³ Lo que es perfectamente comprensible si no olvidamos que el contexto en que la sentencia fue dictada se refiere al aborto, de manera que el TC ni siquiera consideró en esta resolución (ni tuvo porque hacerlo) las cuestiones relacionadas con el inicio y protección de la vida cuando esta se genere a partir de una técnica asistida que requiriese funcionar gametos humanos fuera del útero materno.

⁵⁴⁴ En España, el concepto y distinción entre un preembrión, que se corresponde a la fase inicial de la organogénesis, entendido como el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta 14 días después cuando se produce la anidación; un embrión, entendido como la fase de desarrollo embrionario que continúa la anterior y que marca el incremento de la formación de los órganos humanos (organogénesis) cuya duración es de diez a doce semanas y; feto entendido como el embrión con los órganos formados, está dado, no por la Ley (35/1988) sino por su Exposición de Motivos, la cual distingue entre preembrión (0-14 días) embrión (anidación día 14-12 semanas) y feto (12 semanas - parto), siendo ello la piedra angular de ésta Ley así como de la Ley 42/1988, en virtud de que la distinción en si mismo implica y acarrea toda una serie de consecuencias prácticas, pues sobre una misma realidad, (el embrión) se abren, a través de esa distinción, todo un abanico de posibilidades manipuladoras e inclusive destructoras (embriones residuales) que resultan prohibidas cuando se realicen sobre la misma realidad a la que se le define de manera distinta.

⁵⁴⁵ Así lo entiende KAUFMANN, ARTHUR: *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, ob cit, pág. 44.

momento en el que tiene lugar la anidación del embrión en el útero materno, ello en atención a que los criterios de la medicina contemporánea señalan que hasta ese momento da inicio el proceso, precisamente, de gestación o de embarazo⁵⁴⁶.

Así, entre los argumentos científicos considerados para sostener que para el TC **la vida es un bien constitucionalmente protegido desde que esta existe**, esto es, con la gestación, partiendo de que la protección jurídica de la vida debe comenzar, precisamente, hasta el momento de la anidación, se encuentra el aportado por la evidencia científica que indica que debe tenerse en cuenta que la fecundación puede dar como resultado no un embrión humano, sino un tumor, y que aún bajo circunstancias normales, la fecundación no produce un individuo sino una masa celular que finalmente se divide en dos componentes principales: el embrioblasto⁵⁴⁷ y el trofoblasto⁵⁴⁸. El embrioblasto se convierte en el feto y el trofoblasto se convierte en las membranas extraembrionarias. Estas derivaciones trofoblásticas están vivas, son humanas y tienen la misma composición genética que el feto y son expulsadas durante el nacimiento, lo cual no les convierte en especial objeto de protección.

Así mismo, cabe decir que entre la fecundación y la anidación el 50 % de los huevos fecundados son abortados espontáneamente antes de la anidación, (aproximadamente 18% durante la primera semana y el 32% durante la segunda) lo que representa un 80% de los abortos naturales o espontáneos⁵⁴⁹ y que supone la precariedad en que se desenvuelve el embrión en etapas anteriores a la anidación⁵⁵⁰, o según ROMEO CASABONA, que indican una muestra de la inestabilidad y de la indiferenciación e insuficiencia genética del cigoto, lo que constituye una autoselección

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: "El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura, Poder Judicial, Nº Especial 1, pág. 38 y ss. ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 151 y 153, aunque reconoce lo ambiguo del término "gestación" y el problema derivado de la indeterminación del momento en que ello ocurre, sigue a éste autor y también reconduce la gestación al periodo de la anidación.

⁵⁴⁷ Componente celular del blastocisto que dará lugar al embrión.

⁵⁴⁸ Capa celular externa del blastocisto que dará lugar a la placenta.

⁵⁴⁹ Datos aportados por HERTIG en; *The Overall Problem in Man*, San Francisco, 1971, y citados por LACADENA CALERO: *La naturaleza genética del hombre: Consideraciones en torno al aborto*, ob cit, pág. 43. En contra de la argumentación desprendida de los datos aportados por LACADENA, ver; ABEL, FRANCESC: "Aspectos Éticos de la Tecnología de la Reproducción Asistida", en *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor Marino Santos, Madrid, 1989, pág. 179, para quien la inestabilidad biológica del embrión no es razón suficiente para abandonar el principio "religioso" del comienzo de la vida.

⁵⁵⁰ Además de ello, algunas opiniones científicas puntualizan que un 15% de los implantados no son viables y de los restantes un 10% de embarazos son dobles, lo que significa que un 90% de los embriones y embarazos no produce un ser vivo.

biológica **que hace preferible esperar para iniciar la protección penal en el final de la anidación**⁵⁵¹, pues hasta entonces “no existe objeto material en el que se exprese con toda nitidez el bien jurídico vida”⁵⁵².

De ahí, según los que se afilian a esta posición, que las **consideraciones axiológicas han permitido concluir que el Derecho debe iniciar la protección de la vida humana a partir del momento** en que se halla definida en su fase embrionaria⁵⁵³. Por ello, hasta el momento **en que concluye la anidación**⁵⁵⁴ no debe iniciarse la protección jurídica de la vida humana puesto que es a partir de entonces cuando se habla de la existencia del embarazo o de la gestación⁵⁵⁵, encontrando en esto algunos autores razones que les facultan para señalar el inicio del comienzo de la vida humana en la anidación, tanto desde la perspectiva biológica cuanto desde la jurídica⁵⁵⁶.

De cualquier forma, no obstante que el TC consideró que si bien esta protección Constitucional implica para el Estado la obligación de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de la gestación, así como para establecer un sistema legal que suponga una **protección efectiva de la vida**, dice el TC, dicha protección **no ha de ser absoluta** sino que puede y **debe estar sujeta a limitaciones** en aquellos

⁵⁵¹ También para VALLE MUÑOZ Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, los argumentos esgrimidos en favor del criterio de la anidación son de índole político criminal o de oportunidad, entendiendo por ello, que aunque la vida humana antes y después de la anidación es susceptible de idéntica valoración por el Ordenamiento jurídico, la “retirada del Derecho penal obedece a la impracticabilidad de la intervención”. Cfr; VALLE MUÑOZ, JOSÉ MANUEL, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MARISE: “ Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal”, Poder Judicial Nº 26, pág. 122.

⁵⁵² ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Limites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 150.

⁵⁵³ En opinión de PAULINA SILVA, si bien es evidente y relativamente correcto que en la lectura de la STC 53/1985 sus relatores se han referido a consideraciones científicas (individualidad, indivisibilidad, potencialidad) como argumentos definitivos a la hora de precisar el ámbito del derecho fundamental a la vida, no es menos evidente que son criterios de los cuales se abusa, dado que los hechos científicos no pueden por si solos ofrecer una respuesta sobre el debate acerca del estatuto del no nacido. Cfr; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 268 y ss.

⁵⁵⁴ Ver; ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos” Eguzkilore, Número 5 Extraordinario, San Sebastián, diciembre 1992, pág. 155.

⁵⁵⁵ ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Limites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 151.

⁵⁵⁶ Así; GÓMEZ PAVÓN, para quien parece preferible, después de considerar la relevancia de la libertad de la mujer y los conflictos de intereses que se presentan, así como por razones de practicidad y eficacia del Ordenamiento penal señalar el comienzo de la protección jurídica con la culminación de la anidación.

supuestos en los que se contraponen derechos fundamentales de la mujer a la vida del feto.

Es decir, el problema jurídico que aquí se plantea, como lo menciona MUÑOZ CONDE, es porqué algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida del feto, de manera tal que los intereses de la mujer se subordinan a la vida de éste, mientras otros consideran que por el contrario, el interés de la mujer gestante debe prevalecer de forma tal que los intereses del feto queden subordinados a los de la madre⁵⁵⁷, siendo en este último sentido en que el Ordenamiento en España finalmente se inclinó, pues para el TC, la vida del nasciturus debe ceder ante otros derechos de la madre⁵⁵⁸.

3.3. ¿Es la vida del preembrión humano un bien jurídico protegido? Estatuto jurídico.

Independientemente de las consecuencias que en el terreno del aborto genere, aceptar o coincidir con el TC, en que el embrión o feto no es titular del derecho fundamental a la vida, sino sólo un bien jurídico protegido⁵⁵⁹, lo importante a propósito de este trabajo - *extrapolando dicha sentencia a nuestro tópico* - es que si se infiere **que el TC declaró que hay vida humana a partir de la gestación, interpretando por ella a la anidación**⁵⁶⁰, (conclusión que reiteramos se apoya en consideraciones científicas tales como la individualidad - indivisibilidad - potencialidad -) y que por ello considera

⁵⁵⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal, Parte Especial, 9ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 82.

⁵⁵⁸ Por ello, la doctrina considera que el sistema de las indicaciones ofrece una solución al ponderar los bienes en conflicto a través de los principios de proporcionalidad, equilibrio y racionalidad, pues con éste se reconoce la existencia de un interés jurídico del feto - la vida - y por otro, la no punibilidad del aborto en las específicas indicaciones legales.

⁵⁵⁹ Lo que significa admitir que cuando la vida del feto se contrapone con un derecho de la madre (no sólo la vida de ésta), éste o estos últimos prevalecerán de manera tal que el aborto sólo será punible (ante el no reconocimiento del derecho a la vida del nasciturus) cuando con él se lesionen derechos fundamentales de la madre, tales como la integridad, la libertad, la intimidad, el derecho a fundar una familia etc, y que lleva a concluir que el hecho de que la vida del nasciturus sea un bien jurídico constitucionalmente protegido (a partir del decimocuarto día aunque no sea titular el mismo nasciturus), no obsta para que su protección sea distinta.

⁵⁶⁰ No obstante, dado lo complejo y problemático que en la práctica resulta determinar el momento en que se ha producido cada uno de esos instantes dentro del útero de la mujer, todavía una parte de la doctrina Española se muestra en favor de iniciar la protección jurídica del feto en el delito de aborto desde la misma fecundación, (SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pág. 69) mientras que por el otro lado, la mayoría, (ROMEO CASABONA, LAURENZO COPELLO, RODRÍGUEZ RAMOS, etc) en consonancia con la doctrina constitucional y la Ley Alemana, se pronuncian en el sentido de que la protección penal en el delito de aborto debe iniciarse sólo a partir del momento de la anidación.

esa vida humana “dependiente” (individualizada) como objeto tutelado jurídicamente por la norma constitucional, *parece que entre la fecundación y la anidación habría un visible vacío de protección, pues si no es jurídicamente protegida la vida del embrión hasta en tanto la anidación no ocurre*⁵⁶¹, antes de ese momento, pudiera pensarse que es válido realizar cualquier acción o conducta sobre un embrión sobre el que aún no recae protección jurídica⁵⁶².

Empero, si así lo entendiésemos, apreciaríamos en el marco legal español - sobre el que más adelante ahondaremos - un cúmulo de supuestas contradicciones normativas, pues por ejemplo, se limita y restringe la investigación y experimentación con todo aquel embrión que haya sido generado fuera del útero y todavía no anidado, aún y cuando desde esta primera perspectiva constitucional no es ni biológica ni jurídicamente vida humana protegida.

Es decir, si bajo esta lectura de la STC habría que entender que la vida en formación, cuya existencia sólo se reconoce a partir de un cierto período (anidación), no es lo que se protege en el embrión humano no anidado extracorpóreo, la regulación y limitación normativa de ciertas conductas que sobre él se proyectan **parecerían** ser ciertamente contradictorias⁵⁶³.

Sin embargo, partiendo de esa postura y del hecho indudable de que dentro del Ordenamiento español existen normas administrativas y tipos penales que están referidos y que comprenden específicamente aquella realidad (el embrión extracorpóreo antes de los 14 días) no considerado aún como vida humana, supondría concluir que el Derecho otorga, frente a una serie de conductas consideradas ilícitas, una protección jurídica al embrión humano no anidado extracorpóreo que no podría estimarse derivada

⁵⁶¹ Así; PANTALEON, FERNANDO: “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución, ob cit, pág. 137, para quien antes del momento de la gestación, el preembrión ni es titular del derecho a la vida, ni es un bien jurídicamente protegido por la Constitución. Es decir, para el autor, gestación es sinónimo de anidación.

⁵⁶² Conclusión que sólo sería parcialmente válida en la medida en la que nos estemos refiriendo al embrión no anidado del que se ocupó la STC 53/1985, el generado in útero, y no en todos los supuestos. Por lo tanto, como iremos observando, extrapolar sin más ésta STC a nuestro tópico podría llevar erróneamente a asumir que también cualquier acción que se realice sobre todo aquel embrión in vitro, aparentemente no amparado o protegido en cuanto tal como bien jurídico del artículo 15 CE - al no ser protegido como vida humana hasta en tanto no se implante en el útero de una mujer y de comienzo la gestación, (lo que ya lo excluye del ámbito de protección en la tipicidad de la tentativa del aborto, el aborto mismo o las lesiones al feto) - carecería de trascendencia jurídica, ya sea penal o bien administrativa.

⁵⁶³ Para el profesor ROMEO CASABONA, en realidad no existe contradicción alguna si se perfila correctamente el bien jurídico a proteger. Cfr; ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 408.

de la protección constitucional de la vida humana, sino necesariamente de otros derechos. ¿Es así?

Es manifiesto que determinar cuál es el estatuto jurídico del embrión humano no anidado extracorpóreo, implica precisar en función de qué le protege el Ordenamiento jurídico en su conjunto⁵⁶⁴, pues si se asume que no es el preembrión en ese estadio una vida, y de ello un bien jurídico constitucionalmente protegido, parecería, y subrayó parecería, que la doctrina tendría que buscar encontrar el fundamento de esa protección en otro u otros valores⁵⁶⁵ para poder justificar la incorporación de esa realidad a la protección jurídica del Derecho, sea o no de naturaleza penal.

Unas primeras aproximaciones doctrinales empiezan a pronunciarse, como ya adelantamos, por considerar que el **bien jurídico protegido** en aquellas figuras administrativas y delictivas puede ser reconocido en **la dignidad humana**⁵⁶⁶, por cuanto que los ataques o manipulaciones que estos preembriones pueden sufrir se derivarán en su inmensa mayoría de las actuaciones en el campo de la investigación, experimentación y manipulación genética una vez que han sido obtenidos vía fecundación in vitro y, en la medida en que estos fueran posteriormente implantados, podrían lesionar intereses jurídicos constitucionalmente apreciados tales como la integridad, identidad, individualidad, diversidad genética y libertad **de la futura persona humana y de la especie humana en general**.

No obstante, a ésta tendencia de la doctrina podrían señalarse una serie de críticas que podríamos abarcar en tres líneas de argumentación distintas.

⁵⁶⁴ ARAUJO JUNIOR, JOAO MARCELO: "Técnicas biomédicas y Derecho penal", Revista jurídica de Castilla la Mancha, I Jornadas de Magistrados, Fiscales, Profesores de Derecho Penal, Nº 7, agosto 1989, pág. 207 y ss, propone que el embrión in vitro (preembrión) debe tener la misma naturaleza jurídica que da la Ley en relación al delito de aborto, por lo que la muerte producida a los embriones (preembriones) debe ser criminalizada.

⁵⁶⁵ Como por ejemplo, la identidad e individualidad genética del embrión. (en tanto futura persona) y la inalterabilidad del patrimonio genético de la humanidad que sólo a través de esa realidad, el embrión humano no anidado extracorpóreo, pueden llegar a afectarse. Cfr; ROMEO CASABONA: "La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos", ob cit, pág. 156; o el derecho a la diferencia genética o no ser el producto de una creación humana estereotipada o basada en patrones genéticos artificiales y previamente decididos. Cfr; VALLE MUÑIZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 128 y ss.

⁵⁶⁶ Lo que supone para VALLE MUÑIZ Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 110, un claro retroceso e involución con respeto de las cotas de racionalidad de la intervención penal alcanzada de la tutela de la vida humana en formación, toda vez que si bien es cierto existen intereses dignos de tutela en los primeros momentos de desarrollo de la vida humana, no significa que ese germen de vida humana en si mismo considerado, alcance la valoración suficiente para merecer protección penal.

La primera se ubica frente a la contradicción ya destacada, pues hay relativa protección del embrión frente a la madre sólo a partir de la anidación y derivada del derecho a la vida, mientras que frente al investigador, la protección de una idéntica realidad aparece frente a él a partir de la fecundación del óvulo y el espermatozoide pero derivada del supuesto derecho a la dignidad humana, planteándose así la interrogante de si es o no posible proteger al preembrión, vía la protección o invocación del derecho a la dignidad humana antes de reconocer en él, el derecho a la vida. Es decir, ¿porqué situar la protección embrionaria en el derecho fundamental a la vida y, en cambio, la preembrionaria concatenarla en la dignidad humana?.

Una segunda línea argumental rechaza a la dignidad humana como bien jurídico a proteger, ya que sostiene que la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad no se configuran como derechos fundamentales, sino como principios rectores interpretativos - fundamento del orden político y de la paz social -. En otras palabras, la dignidad aparece como inspiración y fundamento de los derechos fundamentales y se materializa en los derechos constitucionales inviolables, precisamente por ser inherentes a la propia dignidad y se configura como un principio dinámico de tutela que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales⁵⁶⁷.

En la medida en que toda la carga axiológica de la Constitución hace que el sistema funcione en torno al valor "dignidad de la persona", "no parece que ésta pueda desempeñar el papel del bien jurídico de delito alguno. O lo que es lo mismo, en cierto sentido, cualquier delito que lesione un interés de la persona (vida, integridad, honor, intimidad, etc) de alguna manera afecta también a su dignidad, y a nadie se le ocurre afirmar que es ésta el bien jurídico de los delitos de homicidio, lesiones, injurias y calumnias, etc"⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Cfr: VALLE MUÑOZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 127 y ss. También, para MORILLAS CUEVAS, LORENZO y BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: "Límites penales de la experimentación humana", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, 1994, pág. 247 y ss, no es posible encontrar en la dignidad humana el bien jurídico a proteger, ya que la CE y la doctrina jurisprudencial (STC 11 de abril de 1985) parten de una concepción neopersonalista de la dignidad, al establecer que la vida, la integridad física o psíquica, o la salud en las etapas de formación humana anteriores al nacimiento no pueden calificarse por sí mismos como derechos fundamentales recogidos en la CE, *puesto que esos derechos vienen recogidos en referencia a la persona*. Por esta razón estiman, la intervención en el embrión queda fuera del ámbito constitucional de dignidad, pues en ese momento no existe persona. No obstante, a pesar de ello, como veremos, Benítez Ortuzar cuando analiza el tipo del artículo 161.1 del CPE ha hecho referencia a la dignidad humana comunitaria como el bien jurídico protegido en ese tipo penal.

⁵⁶⁸ VALLE MUÑOZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 128.

Por lo tanto, según esta línea de pensamiento, si a través de ciertas conductas de ingeniería y manipulación genética se puede imposibilitar la presencia de alguno de los atributos con que la Constitución arroja al ser humano, limitando a priori las condiciones básicas donde sustentar y hacer en un futuro el libre desarrollo de la personalidad, el o los bienes jurídicos a tutelar se encontrarán precisamente en aquellos intereses jurídicos que emanan del cuadro valorativo constitucional, esto es, de la dignidad humana más no en la dignidad humana.

Empero, al margen de ello, el punto de reflexión más importante de ésta idea lo constituye el efecto interpretativo que sobre las normas del Ordenamiento jurídico que regulan la actividad en los preembriones humanos daría lugar, pues si la protección jurídica dispensada al embrión no anidado extracorpóreo - y de ahí los límites a las intervenciones y experimentaciones - no se deduce a través de su protección en cuanto vida humana, sino en cuanto a la protección (que lo trasciende en cuanto tal) de intereses colectivos o individuales encarnados en la futura persona sobre la cual con posterioridad se manifestarán tales acciones, implica asumir un cúmulo de consecuencias jurídicas que explicarían de manera distinta la razón del porqué la Ley ha prohibido; la creación de embriones cuando estos no tengan como finalidad la procreación humana; ha limitado la experimentación, investigación y utilización sobre ellos y, al mismo tiempo, ha permitido su destrucción.

Es decir, bien podría pensarse que si el objeto de protección jurídica sobre el embrión no anidado fuera la vida y dignidad *de la futura persona* ⁵⁶⁹ o *de la especie humana*, la Ley no hubiese tenido reparo en señalar que en tanto el embrión no se utilice para una futura implantación, el investigador podría realizar cualquier cosa al actuar sobre un objeto no considerado vida humana.

Dicho en otras palabras, sí lo que el Ordenamiento jurídico protege son intereses jurídicos tanto de la futura persona como de la especie humana⁵⁷⁰, se entiende que se prohíba la intervención y experimentación en embriones que *vayan a ser transferidos al útero*, pues esas modificaciones serán manifiestas en el momento del nacimiento, en la futura persona a la que se quiere proteger y, en su caso, en la especie humana.

Sin embargo, lo que bajo este razonamiento requiere explicarse, es la causa del porqué decidió prohibir la creación de embriones y/o la utilización de los ya creados

⁵⁶⁹ Ya sea que en ella se incluya el derecho a la inalterabilidad, identidad e intangibilidad genética, a no ser producto de un contenido genético manipulado, presupuestos todos de las bases necesarias para el libre desarrollo de la personalidad, etc.

⁵⁷⁰ Llamada "protección indirecta" por el profesor Romeo CASABONA.

(crioconservados) para fines exclusivos de investigación y de experimentación a pesar de que estos no vayan a ser transferidos al útero de una mujer.

Insisto, si el embrión no anidado (extracorpóreo o in vivo) no se considera aún biológicamente como una vida humana, y de ahí constitucionalmente protegida por el artículo 15 CE, ¿porqué la Ley prohíbe crearlo (in vitro) cuando el fin único de su creación sea la investigación y no haya ninguna intención de transferirlo al útero materno?⁵⁷¹. El legislador pudo simplemente haber sancionado o señalado que se prohíbe la transferencia y búsqueda de la implantación de un embrión en el que se haya intervenido o experimentado, permitiendo la creación o utilización de estos para fines exclusivamente experimentales.

En realidad, las respuestas bajo esa tesis que concibe la protección dispensada como una forma de proteger bienes e intereses jurídicos ajenos al preembrión en si mismo considerado son evidentes; el legislador ordinario ha prohibido la creación de embriones sin finalidad reproductiva o la experimentación e investigación en los ya creados sin finalidad terapéutica, como una forma preventiva de tutelar los derechos de la especie humana y/o de la futura persona mucho antes de que estos puedan siquiera ser puestos en peligro o lesionados; o lo que es igual, se explica a través de la creación de normas prohibitivas que configuran supuestos de peligro abstracto para el bien jurídico⁵⁷².

En términos sencillos, bajo esta perspectiva el Derecho prohíbe la creación de embriones con finalidad de investigar o experimentar en él, y la experimentación e investigación no terapéutica sobre los preembriones humanos ya creados, porque teme que puedan ser implantados y, a partir de su nacimiento, lesionar derechos del futuro ser o de la especie humana.

Y ciertamente, sólo así entendido, la prohibición administrativa de crear embriones con cualquier otra finalidad distinta de la procreación y/o la prohibición a la investigación y experimentación en el ya creado sin finalidad terapéutica, sería

⁵⁷¹ Artículo 3º de la LTRA, así como el artículo 161.1 del CPE.

⁵⁷² El profesor ROMEO CASABONA en un principio sostenía que estas prohibiciones constituyen una triple barrera, (protección indirecta) "un autentico muro de contención" frente a un buen número de manipulaciones genéticas no deseables, correspondiendo el objetivo prioritario (de las barreras) de impedir el nacimiento de un ser humano manipulado. No obstante, después de la promulgación del CPE de 1995 ha sostenido expresamente que la prohibición del artículo 161.1 del CPE obedece a la protección del embrión en si mismo. Cfr; ROMERO CASABONA, CARLOS MARÍA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", Derecho y Salud, Publicación Oficial de la Asociación Juristas de la Salud, Volumen 4, Nº 2, julio - diciembre 1996, pág. 160 - 177.

consecuente y sistemáticamente coherente con las acciones legalmente sancionadas que autorizan la destrucción de los preembriones, reitero, por cuanto que no es la vida del preembrión en si mismo considerado lo que el Derecho buscaría proteger a través de la norma⁵⁷³.

No obstante, pese a ello y adelantando conclusiones, asumir esa postura y sus consecuencias interpretativas no es tan pacífico por varias razones.

En primer lugar, es imposible desconocer que junto a la prohibición administrativa de la creación de embriones sin finalidad procreativa y la prohibición de la investigación y experimentación de esas realidades humanas que no estén precedidas de una actitud terapéutica, el legislador igualmente prohibió la utilización de aquellas realidades humanas “vivas y viables” para fines industriales o comerciales, prohibiciones en las que desde nuestro punto de vista no puede identificarse la protección de otros bienes jurídicos distintos al preembrión en si mismo considerado. Es decir; ¿Qué pretende evitar el legislador cuando ha limitado y prohibido que se utilice un preembrión humano para la fabricación de cosméticos? O en otros términos ¿Podría esa acción lesionar o poner en peligro la identidad genética de los seres humanos, su originalidad?. ¿Podría alterar el patrimonio genético humano?. La respuesta es negativa, pues materialmente las hipótesis referidas en las correspondientes prohibiciones administrativas que implican la instrumentalización del preembrión no son capaces de poner en peligro y menos aún de lesionar derechos o intereses jurídicos que trasciendan a la figura del preembrión humano. Por lo tanto, no resulta fácil coincidir cuando se afirma que la ratio legis de las normas administrativas (algunas de ellas después penales) que prohíben la instrumentalización del embrión, persigan la tutela de intereses ajenos al mismo.

En segundo lugar, dogmáticamente podría también argumentarse que sí la prohibición de la creación de embriones humanos sin finalidad procreativa hubiera permanecido junto a las disposiciones que prohíben su investigación, experimentación y utilización sin finalidad terapéutica dentro del ámbito administrativo, resultaría un poco más fácil coincidir que el Derecho a buscado tutelar derechos futuros de la persona o de la especie humana, o lo que es igual, que ha desconsiderado al preembrión como objeto directo de protección.

⁵⁷³ Consecuentes con esa línea de pensamiento, VALLE MUÑIZ Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ suponían que la creación de preembriones para la investigación era constitutiva de ilícito administrativo (Art 20.2.B) inciso a)) por tanto que “la creación de embriones para fines de investigación puede esconder acciones dirigidas a la manipulación del patrimonio genético humano” y “probablemente por la necesidad legítima de someter a un control público los proyectos de investigación sobre tan delicado objeto. Pero mientras no corran peligro bienes jurídicos de mayor envergadura no estará justificada la intervención penal”. Cfr; VALLE MUÑIZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: “Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal”, ob cit, pág. 133 y 134..

Empero, cuando la prohibición de fecundar óvulos humanos sin finalidad procreativa aparece ya configurado no en un tipo administrativo sino en uno penal, no parece posible aceptar que el tipo busque proteger derechos futuros de la persona humana que ni siquiera sabemos si va a nacer, o menos aún, intereses jurídicos de la incierta descendencia de la futura persona de la que no sabemos si va a surgir o vivir, adelantando desmesurada y sobradamente una protección jurídico penal a momentos inaceptables bajo los principios del Derecho punitivo.

Por lo tanto, ante tales consecuencias, contrariamente cabría suponer que lo que el legislador ha realizado es una protección, en términos del profesor ROMEO CASABONA, “directa”, del preembrión humano que dará lugar a una concepción distinta del objeto de la norma, de la ratio legis y del bien jurídico, y que nos lleva a contemplar la posibilidad de afirmar que cuando el legislador ha decidido, desde el ámbito administrativo, no permitir su creación para otros fines que los procreativos, junto a la prohibición de experimentar o investigar sobre ellos sin finalidad terapéutica, o de utilizarlos para fines comerciales o industriales, es porque para el legislador el embrión no anidado - in vitro - es protegido y reconocido *implícitamente* en cuanto tal, ya a partir de ese momento, como una vida humana⁵⁷⁴.

Ello nos traslada al análisis de una segunda dirección en la lectura de la STC 53/1985, misma que si interpretase que la vida humana es un proceso que comienza con la gestación, siendo que para el TC la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, teniendo especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es susceptible de vida independiente, y si expresamente la STC señaló que si la Constitución protege la vida independiente no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno (es decir anterior) sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma⁵⁷⁵, permitiría deducir que el TC consideró que la vida comienza con la

⁵⁷⁴ Sin embargo, ahora el problema sería la incongruencia o contradicción entre esa protección directa del preembrión y la legitimación que el mismo legislador ha concedido para autorizar destruir los embriones sobrantes, y que daría lugar, invariablemente, a dos lecturas diametralmente opuestas del objeto y razón de ser de las normas que regulan las actividades de creación, investigación y experimentación sobre preembriones humanos. No obstante, ello podría resolverse si esa disposición que contempla la destrucción de los embriones cuanto las permisibilidad de las técnicas que también acarrear tal consecuencia, se consideran causa o causas de justificación específicas para determinados y muy concretos supuestos.

⁵⁷⁵ Fundamento jurídico Nº 5 de la STC 53/1988 de 11 de abril.

gestación, que la gestación comienza con la fecundación⁵⁷⁶ y que con ella comienza su protección⁵⁷⁷.

En dirección similar, VIDAL MARTÍNEZ⁵⁷⁸ considera que el embrión humano concebido in vitro está protegido por la Constitución española, pues cae dentro de las coordenadas de los principios básicos establecidos en el artículo 10 de la Constitución, aun y cuando se trate de un ser “con expectativas de realidad”, por cuanto entiende que el preembrión humano concebido así, puede calificarse sin dificultad como ese tertium al que se refirió la STC 53/1985 cuya **gestación**, sin embargo, no se produce en el seno materno, sino en un medio artificial⁵⁷⁹. En otras palabras, **gestación** para éste autor es **sinónimo de fecundación**⁵⁸⁰.

Así, de esta otra manera, asumir que el TC entendió que biológicamente hay vida humana a partir de la fecundación, significaría que la vida humana preembrional también encuentra protección constitucional, y que el aparente vacío de protección del embrión no anidado extracorpóreo, in vitro, en cuanto vida humana, se evitaría.

Sobre este particular, y ante ese vacío de protección entre la fecundación y la anidación que algún sector de la doctrina denunciaba, proponían modificar los preceptos relativos al aborto de modo que la vida humana gozara de protección ya desde el momento de la fecundación, haciendo por ende que ésta protección le corresponda también al embrión concebido extracorporalmente; no obstante, KAUFMANN consideró que esa proposición debía rechazarse pues arrastraría como consecuencia no deseable

⁵⁷⁶ Así lo entiende y se pronuncia TRIAS ROCA: “The perplexities of Law, Misteries of Embrios, ob cit, pág. 136, para quien el punto de partida a esta cuestión reside en la conclusión del TC en la STC 53/1985 que estableció que aún y cuando es conocido que la vida biológica existe desde la fecundación, se reconoce y requiere que su tratamiento y protección legal sea diferente. Es decir, reconocer que el embrión está vivo no significa que el mismo estatuto legal le sea conferido.

⁵⁷⁷ La Recomendación 1046 del Consejo De Europa define la vida humana desde la concepción, señalando que la “desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua.....”.

⁵⁷⁸ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: “La regulación de la reproducción humana en el Derecho español, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, pág. 99.

⁵⁷⁹ Empero, esta interpretación no se compeadece con la sentencia misma, pues si se observa el punto Nº 19 de la STC 53/1985 es un ejemplo claro del contexto utilizado por el TC. Ahí se hacía referencia a la indicación de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, señalando expresamente “....basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer sino”, es decir, gestación es sinónimo de fecundación pero sólo in útero.

⁵⁸⁰ Para el Diccionario de la Lengua Española, **gestar** se define como “llevar y sustentar *la madre* en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto. Es decir, entiende la **concepción**, que se da con la **fecundación**, como el **inicio de la gestación**, in útero.

de que toda la zona gris entre la anticoncepción y el impedir la anidación, se haría de nuevo accesible a la persecución penal⁵⁸¹.

Empero, en realidad esa conclusión sería consecuencia de no advertir la posibilidad de afirmar que biológicamente hay vida humana y protección constitucional de la misma a partir de la fecundación, aunque protección penal para efectos del delito de aborto, por razones jurídico penales y de conveniencia práctica (política criminal), sólo catorce días después, a partir de la anidación⁵⁸².

Es decir, no realizar tal distinción (entre el inicio del reconocimiento de la vida - y el inicio de la protección) es quizá, como señala LÜTTGER, debido a que los inconvenientes de diferenciar entre el reconocimiento de la vida en la concepción y la protección penal en la anidación surgen de la confusión del bien jurídico y el objeto de la acción en los delitos contra la vida, pues si bien es cierto que en estos (por ejemplo el homicidio o el parricidio) existe una superposición del bien jurídico y el objeto de la acción, en el delito de aborto esto no ocurre si al embrión o feto se le corresponde un concepto, dice él, no sólo biológico o médico, sino jurídico - penal⁵⁸³.

Ahora bien, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de trasladar la resolución del TC en la sentencia 53/1985 a nuestro tópico, es decir, cuáles serían las consecuencias de considerar o no la existencia de vida en el preembrión humano para efectos de su configuración como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE?

Creemos que estas se pueden exponer o especificar de la siguiente manera:

Considerar que biológicamente la vida humana comienza con la gestación, entendiendo por esta a la anidación y no en la fecundación implica asumir que el

⁵⁸¹ KAUFMANN, ARTHUR: "¿Relativización de la Protección Jurídica de la Vida", ob cit, pág. 47. Sin embargo, consideramos que un punto intermedio frente a esa argumentación nos podría proveer de una solución satisfactoria que permitiera, por un lado, proteger al embrión extracorpóreo y, por el otro, no provocar que el Derecho penal invada infructuosamente, en el caso del aborto, una realidad determinada cuya intervención no se aconseja ni conseguiría nada satisfactorio. Este punto intermedio podría encontrarse si la Ley atrasara el momento de protección de la vida humana desde el momento mismo de la fecundación, pero señalando como conductas excepcionales y no constitutivas del delito de aborto, el uso de determinados y precisos medios contraceptivos.

⁵⁸² Consecuentemente, podemos adelantar, si se afirma que un bien jurídico constitucionalmente protegido (la vida del preembrión) puede ceder frente a un derecho fundamental (de la mujer), por analogía, también cabría la posibilidad de que ese bien jurídico pudiera ponderarse frente a otros derechos fundamentales que se concretarían en la investigación y creación científica, o en el derecho a la reproducción.

⁵⁸³ Ver LÜTTGER, HANS: *Medicina y Derecho penal*, ob cit, pág. 42.

preembrión, no es protegido ni como Derecho fundamental ni como bien jurídico del artículo 15 de la CE; *que es por ende consecuente proteger al embrión para efectos del delito de aborto sólo a partir de la anidación* del embrión en el útero de la mujer, y; **que si la protección del embrión no anidado** es imprescindible para efectos de regular y limitar la experimentación e intervención genética sobre éste, **no es por lo que en si mismo representa**, (ya que no es vida humana) **sino por que la ratio legis se encuentra en la protección de otros intereses jurídicos ajenos al propio embrión**, (enraizado en la eventual posibilidad de convertirse en una futura persona), ello bajo el cobijo del Derecho a una identidad, individualidad, intangibilidad genética no manipulada del futuro individuo o de la especie humana.

La segunda postura, contraria en esencia a la primera se traduciría, siguiendo el mismo esquema, en lo siguiente; Biológicamente la vida humana y su protección constitucional comienzan en la gestación, entendiéndolo por ella a la fecundación y no en la anidación; por razones de política criminal, de conveniencia práctica, se *coincide que la protección del embrión para efectos del delito de aborto debe comenzar a partir de la anidación* en el útero materno y; que **la protección al embrión no anidado es indudable e imprescindible** pues **constituye ya una vida humana** a la que hay que proteger - bien jurídico protegido - siendo esto, entre otras, la razón para legitimar, limitar, regular, graduar y prohibir, según corresponda, la intervención y experimentación sobre ellos.

Si observamos y confrontamos debidamente los dos puntos de vista, realmente ambas posturas coinciden en que la protección penal para efectos del delito de aborto habría que realizarla sólo a partir de que la anidación a tenido lugar; sin embargo; ¿Qué implica afirmar que “la vida es un proceso que comienza con la gestación....que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre”- entendiéndolo por ella a la anidación o a la fecundación? - o en otros términos, ¿Cuáles serían las ventajas y las desventajas de asumir una u otra posición, en particular para efectos del tratamiento jurídico del embrión no anidado in vitro? Veamos.

En primer lugar, la ventaja de asumir el criterio o posición de la anidación, consistiría en que el Derecho puede hacer frente a la crítica y decir, consistentemente, que cuando ha decidido proteger la vida para efectos del delito de aborto, ha decidido hacerlo a partir precisamente de que esta existe. Por lo tanto, los medios contraceptivos, independientemente de que estos ya estén fuera del alcance del Derecho, ya no sólo no serán “jurídicamente abortivos”, sino que además, reitero, serán medios que se proyectan sobre una realidad que no es aún vida humana⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ Por lo tanto, ni siquiera hay lugar para plantear un conflicto entre intereses de la mujer - libertad, libre desarrollo de la personalidad, etc, y el interés de la vida humana encarnada en el embrión no anidado.

En segundo lugar, esta afirmación también permite legitimar el empleo de ciertas técnicas de reproducción asistida, concretamente la FIV y análogas, así como la investigación y experimentación en embriones humanos no anidados extracorpóreos, incluyendo en ellas las técnicas de clonación reproductiva o no reproductiva, asumiendo con cierta coherencia bajo este esquema que cuando los embriones se destruyen, no se destruyen vidas humanas así reconocidas biológica y constitucionalmente.

En efecto, sí hay vida a partir de la anidación, entonces las técnicas de reproducción asistida (particularmente la FIV y análogos - congelación y destrucción de embriones) y de experimentación o investigación no son atentatorias de la vida humana, pues ésta y su protección aún no existe.

Hasta aquí, éste planteamiento de trasladar la STC 53/1985 puede resultar conveniente y suficiente; sin embargo, la desventaja aparente de concluir que el TC afirmó que sólo hasta la gestación - anidación - comienza la vida humana, y a partir de ahí la protección jurídico constitucional de ésta, consistiría en que se quedó sin fundamento para justificar o explicar la protección que "per se", directamente, se concede al embrión no anidado extracorpóreo frente al investigador que demanda actuar sobre ellos, limitando su libertad investigadora.

Pero ¿con qué base o fundamento se limita esa facultad constitucionalmente reconocida del investigador?. El investigador justamente aduciría, bajo este esquema, que dado que esa realidad no es ni desde la perspectiva biológica ni desde la perspectiva constitucional, vida humana, no puede limitársele su derecho fundamental a la investigación. ¿Tendría razón?.

La respuesta del Derecho es que no, y las razones empleadas ya las hemos alcanzado ha vislumbrar. No se acepta que el investigador actúe ilimitadamente sobre el embrión no anidado extracorpóreo debido a que hay que protegerlo, no en función de sí mismo - vida humana - sino en tanto que es portador de bienes jurídicos que lo trascienden; es decir, no hay que olvidar que existen otros intereses distintos de la vida humana que también merecen tutela, de modo que afirmar que el preembrión humano no es aún vida humana no significa que no pueda ser protegido, incluso penalmente, sino que lo que hay que hacer es establecer y precisar cuáles son esos otros intereses que justificarían su protección.

¿Es válida esa respuesta? Ciertamente el Derecho ha de regular y tutelar aquellos intereses conflictuales que le resulten importantes, sin embargo, lo que debe

subrayarse y no olvidarse es que bajo ese planteamiento se hace incomprensible⁵⁸⁵ e incompatible cualquier forma de protección directa dispensada al preembrión.

En síntesis, cuando se afirma que biológicamente la vida humana es un proceso que comienza hasta la anidación, el problema no radica en cómo fundamentar la permisibilidad de las técnicas reproductoras como la FIV y análogas y la experimentación e investigación en preembriones humanos que comprenden (o no) su destrucción - pues esto se acota fácil y sencillamente dado que aún no se actúa sobre una vida humana -, sino que en realidad éste se centra en **cómo justificar o explicar la limitación y prohibición normativa a la utilización industrial o comercial, o a la experimentación e investigación científica sobre dichas realidades humanas que el legislador español ha impuesto, cuando la actuación en ellos no pueda, materialmente, comprometer esos otros intereses jurídicos que los trascienden**⁵⁸⁶.

Así entendido, de esa primera postura tendríamos que identificar principalmente cuatro premisas jurídicas muy importantes:

i) Que antes de la anidación el TC no considera que haya comenzado **biológicamente** la vida humana, consecuentemente no es posible reconocer al embrión no anidado in útero y menos aún al embrión no anidado in vitro, como una vida humana, protegida constitucionalmente;

ii) Que el Derecho considera que antes de la anidación no debe intervenir para proteger al preembrión que se encuentra **dentro de la mujer** frente a una eventual conducta que interrumpa el proceso iniciado con la fecundación;

III) Que si bien antes del periodo de la anidación el Derecho no considera al preembrión in útero o extracorpóreo como una vida humana, ello no obsta para no dispensar una determinada protección jurídica por cuanto que es portador de otros intereses jurídicos que lo trascienden⁵⁸⁷ y que pudieran verse comprometidos a través de la práctica, sobre él, (principalmente in vitro) de un cúmulo de conductas y;

⁵⁸⁵ Salvo que se entienda que esa forma de protección directa obedece a razones simbólicas en el caso de que se comparta la idea de que el Derecho penal debe comprender no sólo una función instrumental de protección de bienes jurídicos, sino también una simbólica.

⁵⁸⁶ Es decir, cómo justificar la intervención del Derecho cuando la protección dispensada, aprovechando nuevamente el término utilizado por el profesor Romeo CASABONA, sea directa y no de otros intereses que trascienden al embrión (indirecta).

⁵⁸⁷ Intereses que varían cuando la intervención sobre el preembrión se realiza in útero, por tanto que en esos casos, la protección buscaría salvaguardar la integridad física de la mujer en donde yace el preembrión aún no implantado y que se encuentra más próximo a su eventual desarrollo que aquel que aún no ha sido transferido.

IV) Que por lo mismo, la práctica de ciertas técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética que impliquen la destrucción de preembriones no entrarán en conflicto con derecho alguno incorporado en el embrión humano no anidado en cuanto tal, al proyectarse sobre aquella realidad que aún no merece dicha protección.

Ahora bien, de la consideración de que la vida humana es un proceso que comienza con o ha partir de la fecundación, también se observan una serie de consecuencias que permiten apreciar ventajas y desventajas.

En principio, afirmar que biológicamente, desde el preciso momento de la fecundación hay vida humana, y que la protección del embrión para efectos del delito de aborto debe realizarse a partir de su anidación en el útero de la mujer, significa tanto como aseverar que el Derecho, independientemente de cualquiera de las efectivas causas que se pueden invocar por las razones y argumentos de oportunidad que la Política criminal aconseja, ha decidido tolerar la eliminación de vidas humanas.

En otras palabras, ésta posición exige aceptar que es necesario tolerar la destrucción de vidas humanas (preembriones humanos), no porque se consideren menos valiosas o intrascendentes, sino porque es imposible negar que en la práctica los medios contraceptivos se utilizan, y que sólo bajo la sombra de un Derecho penal inquisitivo y retrograda podría justificarse el empleo de cientos de recursos del Estado para incoar al complejo aparato investigador del que dispone, buscando investigar para sancionar, con la carencia absoluta de medios prueba idóneos, dada la naturaleza de la conducta, a cientos de mujeres que los utilicen.

Obsérvese bien. El hecho de asumir cualquiera de las posiciones - fecundación o anidación - no varía en lo absoluto lo que en la realidad acontece, esto es, la permisibilidad jurídica del uso de ciertos medios contraceptivos pues ambas, utilizando diferentes líneas de argumentación⁵⁸⁸, llegan al mismo resultado y coinciden en que no se debe intervenir penalmente, para efectos de delito de aborto, sino hasta que la anidación tenga lugar.

En la misma línea, si nos referimos a las técnicas de reproducción asistida, principalmente la FIV y análogas, de experimentación e investigación genético - embrional, y de clonación, mismas que requieren necesariamente de una cierta cantidad

⁵⁸⁸ La primera, sin necesidad de ponderar entre el sacrificio de un Derecho fundamental de la mujer y un bien jurídico constitucionalmente protegido del embrión no anidado in útero, mientras que la segunda a través de la ponderación entre el mismo interés de la mujer a no embarazarse (libre desarrollo de su personalidad, libertad, etc) frente a la vida humana reconocida, como bien jurídico constitucional, en el embrión no anidado.

de destrucción de preembriones humanos, el problema no radicaría en cómo fundar la protección jurídica directa de los embriones no anidados in vitro ya creados, ni en cómo defender o respaldar la prohibición de la experimentación e investigación sobre ellos, sino en cómo regular la permisibilidad de la práctica de dichas acciones en las cuales se actúa sobre vidas humanas que habrán de ser irremediablemente destruidas.

En otras palabras, asumir que biológicamente la vida humana y, consecuentemente, su protección constitucional, comienza desde el momento de la fecundación, embrolla también toda una serie de interrogantes que tendríamos que resolver, "pues una vez admitido que el concebido, embrión no anidado in vitro, es ser humano ya *ab origine*, el problema del uso del concebido no es solamente moral sino jurídico"⁵⁸⁹.

¿La valoración jurídica de la vida preembrional debe ser idéntica a la dispensada después de la anidación?;

¿Incidiría en la valoración de la intervención administrativa y penal en el ámbito de la biogenética y de la reproducción asistida?;

¿Traería aparejada una **limitación** en el campo de la experimentación, investigación y práctica de algunas técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética que requieren, como consecuencia necesaria, prescindir o destruir preembriones humanos, vidas humanas reconocidas ya, en cuanto protección, por el artículo 15 de la CE?;

¿Habría que prohibir la práctica de la FIV y análogas por cuanto implican el sacrificio de embriones, o permitir las dado que ello significa la posibilidad de concretar el desarrollo de la vida existente?;

¿Supondría que habría que declarar inconstitucionales muchas de las disposiciones legales existentes sobre la reproducción asistida e ingeniería genética que atentarán contra él?; ¿Habría que prohibir la experimentación e intervención en ellos - por lo menos mientras estén vivos - cuando no tengan una finalidad terapéutica?.

Consecuentemente, partiendo de esta segunda postura o lectura también tendríamos que identificar otras cuatro premisas jurídicas muy importantes:

i) Que el TC consideró que desde la **fecundación** ha comenzado **biológicamente** la vida humana y, por lo tanto, la reconoce en el embrión no anidado in

⁵⁸⁹ Así; MANTOVANI, FERRANDO: "Usos de gametos, embriones, y fetos en la investigación genética y con propósitos cosméticos e industriales", ob cit, pág. 255.

útero y también al embrión no anidado in vitro como bien jurídico protegido del artículo 15 CE.

II) Que si bien la vida del embrión no anidado es un bien jurídico constitucional incardinado en el artículo 15 CE desde que ésta existe, ello no obsta para que el Derecho, atendiendo a criterios de Política criminal, considere que antes de que tenga lugar la anidación no debe intervenir para proteger al preembrión que se encuentra **dentro de la mujer** frente a una eventual conducta que interrumpa el proceso iniciado con la fecundación;

III) Que no obstante que el Derecho haya decidido no intervenir para proteger al preembrión in útero antes de los catorce días frente a acciones que interrompan el embarazo, y con el su desarrollo, ello no es obstáculo para eliminar su protección y consideración de vida humana para supuestos distintos al aborto, ni para dispensarle una (otra) determinada protección jurídica por cuanto que también es portador de otros intereses jurídicos que lo trascienden y que pudieran verse comprometidos a través de la práctica, sobre él, (principalmente in vitro) de un cúmulo de conductas y;

IV) Que la práctica de ciertas técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética que conlleven la destrucción de preembriones entrarán en conflicto con el bien jurídico constitucionalmente reconocido del embrión humano no anidado en cuanto vida humana⁵⁹⁰.

Los criterios de solución ante ambas posiciones pueden sintetizarse a partir de la posición tomada tanto por el legislador en Alemania y, en menor medida⁵⁹¹, por el legislador en España.

En Alemania la posición del legislador ha sido, desde mi punto de vista, más coherente aunque excesivamente rígida. Coherente pues si bien ha considerado que por razones exclusivas de política criminal, el tipo penal del delito de aborto debe proteger al embrión una vez que éste se haya anidado en el útero de la mujer, ha considerado que al embrión no anidado - in vitro - hay que otorgarle protección en cuanto es una vida humana, prohibiendo en consecuencia cualquier clase de experimentación o intervención sobre él, salvo de carácter terapéutico, y prohibiendo prácticamente la totalidad de cualquier técnica que implique la destrucción de embriones humanos, salvo el caso de la FIV y análogos, de ahí lo rígido.

⁵⁹⁰ Por lo tanto resulta evidente que una de las consecuencias inmediatas de adelantar o retardar el momento de protección se traduce en la limitación de las posibilidades de investigación y experimentación.

⁵⁹¹ Por su falta de claridad y determinación.

En efecto, en la Ley sobre protección de embriones alemana del 13 de diciembre de 1990, sanciona penalmente las siguientes conductas:

1. Empleo abusivo de las técnicas de reproducción, lo cual comprende: "Quien emprenda la fertilización artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo"; "emprenda la transferencia a una mujer dentro de un mismo ciclo de más de tres embriones"; "emprenda la fecundación por transferencia intratubárica de gametos dentro de un mismo ciclo, de mas de tres óvulos"; "emprenda la fecundación de un número superior de óvulos de una mujer al de los óvulos que se le pretenden transferir en un mismo ciclo"; "extraiga de una mujer un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer o para emplearlo con finalidad distinta a su conservación"; etc.
2. Empleo abusivo de embriones humanos. "Quien enajene un embrión humano creado extracorporalmente o que haya sido extraído del útero antes de que concluya su anidación, o quien lo entregue, adquiera o utilice para fin distinto a su conservación, y "a quien produzca el desarrollo extracorporal de un embrión humano para fin distinto a la producción de un embarazo".
3. Prohibición de la elección de sexo.
4. Fecundación y transferencia arbitrarias de embriones y fecundación asistida luego de la muerte.
5. Alteración de las células de la línea germinal humana. "Quien modifique de modo artificial la información hereditaria de una célula humana de la línea germinal" y a "quien utilice una célula humana de la vía germinal con información genética modificada artificialmente para la fecundación".
6. Clonación: "Quien artificialmente produzca que se genere un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta".. " Será sancionado del mismo modo quien transfiera a una mujer un embrión al que se refiere el párrafo primero".
7. Formación de quimeras e híbridos: "Quien emprenda; (1). La unión de embriones en un conjunción celular con informaciones genéticas distintas utilizando al menos un embrión humano; 2. La unión de una célula con un embrión humano que contenga una información genética distinta a la de las células del embrión y que sea susceptible de diferenciación fecundando un óvulo humano con semen de un animal o fecundando un óvulo animal con

semen de un ser humano, será sancionado con pena privativa..... (2) Será sancionado del mismo modo quien emprenda: 1. La transferencia de un embrión generado por una acción descrita en el párrafo 1º a); a una mujer o, b) un animal o 2º la transferencia de un embrión humano a un animal.

Si contemplamos detenidamente, principalmente los incisos aquí marcados con los números 1 y 2, sin la menor duda puede afirmarse que desde la perspectiva del legislador alemán el criterio que prevalece es aquel que estima que el valor de la vida humana es idéntico en todas sus fases de desarrollo, incluso después del nacimiento⁵⁹², de forma tal que sí es la protección de la vida del embrión preimplantatorio lo que el legislador alemán configuró en la Ley mencionada como bien jurídico penal, significa que el objeto jurídico de protección es la vida del embrión preimplantatorio en si mismo⁵⁹³.

En esencia, de todo ello puede decirse que una de las interrogantes que habíamos planteado, y que residió en **determinar si es o no posible** que el legislador ordinario pueda, realizada una efectiva ponderación de intereses, **sacrificar un bien jurídico constitucionalmente protegido** - la vida humana del embrión no anidado - **para legitimar el ejercicio de otros derechos también fundamentales**; el derecho a la procreación humana y a la creación e investigación científica a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida o de investigación o experimentación genética que se proyecten sobre los embriones humanos cuando ello implique su destrucción, **puede resolverse en sentido afirmativo**.

Ello se observa, insisto, a través de la postura del legislador alemán que restringió la investigación pero al mismo tiempo permitió la FIV y análogos, considerando que el mal mayor no es la esterilidad sino la investigación y, por lo tanto, frente a este conflicto de intereses decidió prohibir la intervención o experimentación en embriones no anidados que los lesionen o destruyan en cuanto que son vida humana, tolerando esa destrucción sólo cuando resulte absolutamente imprescindible para el

⁵⁹² El mismo ESER manifestó su adhesión al criterio del legislador, pues consideró que la falta de regulación jurídica que protegiera al embrión humano no implantado era, desde el punto de vista político criminal, insostenible. No obstante, si bien acogió con beneplácito la Ley, reconoce que respecto del embrión in vitro no era necesariamente imprescindible una protección jurídico penal, sino cualquiera que impidiera el abuso de la manipulación. Cfr; ESER, ALBIN; "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", ob cit, pág. 279 y 291.

⁵⁹³ Lo que se desprende sin dificultad de las prohibiciones de esa Ley que, por ejemplo, limitan el número de embriones que se pueden transferir, limitan el número de embriones sobrantes, se prohíbe cualquier manipulación o desarrollo del embrión que no se encuentre dirigida a su transferencia al útero de la mujer o a su conservación, etc, e inclusive, coherentemente, buscando una eficaz protección del embrión, prohíbe las intervenciones sobre los gametos humanos - células germinales.

desarrollo de un derecho fundamental, es este caso identificado en lograr la procreación humana⁵⁹⁴.

Por tanto, de esa contradicción cabe afirmar que el legislador alemán ha tenido la necesidad de relativizar la tajante protección del embrión preimplantatorio⁵⁹⁵ ponderando ambos intereses y decidiendo que, el propósito de ofrecer descendencia a quienes de otro modo no lo podrían hacer, compensa la pérdida de vidas humanas⁵⁹⁶. Es decir, sacrifica el interés constitucional - vida humana del embrión no anidado - en beneficio del interés o derecho a la reproducción o procreación.

Así, independientemente de la feroz crítica que ésta Ley ha recibido por parte de la doctrina española por considerar que constituye un exceso legislativo que sobrepasa en demasía los límites del ius puniendi⁵⁹⁷, *en realidad lo importante es que de la contradicción o excepción apuntada dentro de la Ley alemana se vislumbra una interrogante obvia de cuya respuesta se infiere el punto que debemos retomar para trasladar la reflexión a nuestro tópico.*

Sí para el legislador alemán existe un interés - en este caso la posibilidad de proveer descendencia a una pareja estéril - que puede hacer ceder la consideración del embrión preimplantatorio protegido como una vida humana, ¿no habrán también otros intereses en juego que también podrían compensar la destrucción de los embriones,

⁵⁹⁴ Obviamente, y aún a pesar de la sombra de su pasado nazi y de los horrores cometidos en la experimentación sobre seres humanos, no sería extraño que la legislación alemana empezará a realizar modificaciones que se dirijan hacia la permisibilidad de ciertas técnicas experimentales en preembriones humanos, pues no cabe la menor duda de que frente a la falta de consenso en el ámbito internacional, (por ejemplo, los ingleses permiten no sólo la intervención y experimentación en embriones sino la creación para tal fin) su marco jurídico resulta inconveniente pues coloca al desarrollo de la ciencia alemana y sus intereses económicos en una situación desventajosa.

⁵⁹⁵ Permitiendo la práctica de la FIV junto con la transferencia múltiple de embriones y la crioconservación, supuestos que implican la destrucción de embriones.

⁵⁹⁶ Por lo tanto, en opinión de VILA CORO BARRACHINA: "El comienzo de la vida humana", ob cit, pág. 5805, también esa debería ser la postura del legislador español, pues considera no tiene sentido empeñarse en negar que con la unión de los gametos hay ya vida humana, sino que en lugar de buscar la permisibilidad de las técnicas de reproducción asistida (e ingeniería genética) en ésta contradicción (negación), debería mejor contemplarse el conflicto de intereses - procreación vs eliminación de embriones - y aplicar la teoría del mal menor.

⁵⁹⁷ Así por ejemplo; VALLE MUÑIZ Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ: " Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 110, quienes la consideran un aberrante ejemplo "donde la regla es la criminalización y la excepción los ámbitos de libertad". ROMEO CASABONA por su parte, si bien reconoce que la Ley alemana, a diferencia de la británica y la española ha sido mucho más decidida sobre los comportamientos que quiere prohibir, la crítica por considerar que no se adecua dentro del contexto de los distintos marcos normativos que existen en la Comunidad Europea y que ciertamente son, notoriamente más permisivos y menos rígidos.

como podría ser la investigación o experimentación debidamente reglamentadas que, como destaca SILVA SALCEDO, a la larga pudieran disminuir los riesgos tanto para las mujeres que se someten a esos procedimientos como para los mismos embriones que a través de ellos se crean y se manipulan?.⁵⁹⁸

Evidentemente que para el legislador alemán la respuesta a ésta última cuestión hasta ahora ha tendido a ser negativa. **La investigación y experimentación con todos sus beneficios no justifica la destrucción de vidas humanas**⁵⁹⁹.

En España mientras tanto, habiendo trasladado la STC 53/1985 a nuestro tema de estudio, y si de ello asumimos que el embrión humano no anidado in vitro no es considerado biológicamente y, consecuentemente protegido en cuanto vida humana por y bajo el cobijo del artículo 15 de la Constitución, para el legislador español ésta ponderación entre el interés a la procreación, investigación, experimentación y sus beneficios, frente a la destrucción de embriones humanos no anidados no podría siquiera haberse realizado en el momento de la creación normativa ante la ausencia de un conflicto jurídico, pues ni siquiera habría existido el interés contrario - vida humana - que lo confronte.

Ahora bien, si contrariamente asumiéramos que dicha sentencia y el ordenamiento reconoció el inicio biológico de la vida a partir del momento de la fecundación y su determinación como un bien jurídico protegible (insistimos, independientemente de las razones que hayan aconsejado para efectos del delito de aborto atrasar su protección hasta que la anidación haya tenido lugar) obvio sería que también el legislador en España habría requerido ponderar (como en el caso del aborto) los diferentes intereses en conflicto - la vida del embrión humano no anidado extracorpóreo como bien jurídico protegido vs el derecho a la procreación o reproducción y/o el derecho fundamental a la creación e investigación científica⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Cfr; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 304.

⁵⁹⁹ En Portugal, el Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida a través de su Dictamen de fecha 4 de octubre de 1995, sobre la experimentación en el embrión humano, también se pronunció en el mismo sentido, señalando textualmente que "...a la luz de los principios éticos consensuados y teniendo en cuenta la naturaleza humana del embrión, debe prohibirse toda experimentación sistemática y deliberada en embriones, pese, sin embargo, al coste científico de dicha prohibición"

⁶⁰⁰ En realidad, sólo bajo esta postura podría intentar explicarse la protección directa dispensada a través de la prohibición de su creación para fines ajenos a la procreación (de investigación o experimentación) o la limitación de la actuación sobre él **en caso en que no se le piense transferir a un útero materno**; ello con independencia de la protección que el legislador también decida conceder a otros intereses "indirectos" que trasciendan al embrión.

¿A cuál de las dos posturas se corresponde el Derecho español?

Como ya lo hemos vislumbrado, la respuesta que cabe no es unívoca. Para unos, del criterio constitucional es posible afirmar (interpretar) que el preembrión humano ni es titular del derecho a la vida ni es un bien jurídico constitucionalmente protegido⁶⁰¹, mientras que para otros, si bien no es titular del derecho a la vida, su vida si constituye un bien jurídico protegido por la constitución⁶⁰².

Así, mientras para unos el hecho de que la vida humana preembrional constituya un bien jurídico protegido por la Constitución significa una limitación a las técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética, por cuanto ya entonces la facultad que la Ley atribuye a terceros para disponer de los preembriones humanos sería del todo incompatible con la interpretación del artículo 15 de la CE que reconoce el derecho a la vida, incluyendo al nasciturus, sea preembrión, embrión o feto, al suponer la destrucción de vidas humanas protegidas⁶⁰³, para otros ello no constituye ningún obstáculo dado que de la STC se deduce que un bien jurídico constitucional es algo menos que un derecho fundamental⁶⁰⁴, que puede por ende, ceder ante él.

De cualquier manera, aún y cuando las dos posturas tienen base argumental, en realidad *la razón del porqué es trascendente la determinación de en cuál de ambas es posible encuadrar al Ordenamiento español*, insisto, **se debe a que ello constituye un factor determinante en la conformación y en la subsecuente valoración e interpretación de la regulación normativa secundaria** sobre las actuaciones que involucran al preembrión humano.

⁶⁰¹ PANTALEÓN, FERNANDO: "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", ob cit, pág. 137.

⁶⁰² BUSTOS PUECHE: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 925 y ss.

⁶⁰³ Por ello, a juicio de BUSTOS PUECHE, si bien es imposible atribuir personalidad a un embrión que vive en un tubo de ensayo, ello no obsta para afirmar que los bienes jurídicos encarnados en el embrión preimplantatorio deben tutelarse por una doble vía: Mediante el reconocimiento como derecho subjetivos atribuyendo su protección a los titulares de aquéllos, y; mediante su reconocimiento como principios superiores inspiradores del Derecho positivo, **lo que significa su protección al margen y con independencia de que pertenezcan a sujetos determinados**, por lo que es obvio que aunque no lo haya dicho el TC, el preembrión si se encuentra amparado en cuanto vida humana por la Constitución, pues hablar de un bien jurídico pero sin reconocerle atribuido a un sujeto no deja de ser técnicamente insatisfactorio. "La vida humana es un valor constitucional cardinal que pertenece al grupo de los que son fundamento del orden político y de la paz social y, por ende, principio general del Derecho con carácter informador del Ordenamiento jurídico y por lo tanto vinculante para el legislador". BUSTOS PUECHE: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 925 y 926.

⁶⁰⁴ VALLE MUÑOZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 123.

Es decir, concluir que para la STC 53/1985 la vida humana comienza desde la fecundación, implica configurar al preembrión como un bien jurídico constitucionalmente tutelado del artículo 15 CE, y permite explicar y comprender las normas que se ocupan de regular, limitar y prohibir la investigación y experimentación sobre ellos, también como una forma de protección directa.

Y viceversa, concluir que para la STC 53/1985 la vida humana comienza hasta la anidación, implica que no puede configurarse al preembrión como un bien jurídico constitucionalmente tutelado del artículo 15 CE, y condiciona y permite la comprensión de las normas que se ocupan de regular, limitar y prohibir la investigación y experimentación sobre ellos, sólo como una forma de protección indirecta.

PAULINA SILVA no esta de acuerdo con el uso de estas referencias constitucionales para justificar la protección jurídica del embrión humano no implantado pues, dado que la STC 53/1985 hacía referencia a los supuestos despenalizadores del aborto, indica, no debe desestimarse el contexto en que el concepto de gestación se enunció, siendo este referido a la mujer embarazada, de manera tal que el criterio del TC respecto del momento en que éste reconoció el derecho a la vida como bien jurídico protegido del artículo 15 CE solo es aplicable cuando esa se desarrolla in útero, por lo que debe realizarse una diferencia en cuanto tratamiento jurídico entre el embrión in útero o in vivo⁶⁰⁵ y el embrión in vitro, entre otras razones, porque resulta evidente que éste último se encuentra en una situación de completa disponibilidad frente a las intervenciones que sobre él se pretenden realizar, y porque además es imposible que se mantenga con vida si no se anida⁶⁰⁶.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista la referencia a ésta sentencia no puede pasar inadvertida por dos razones principales: La primera, pues ésta ha sido acotación fundamental y obligada, como inmediatamente observaremos, en las resoluciones que

⁶⁰⁵ Diferencia que ya años antes apuntaba H.L.GUNTHER quien entendió que las reticencias del tribunal alemán en la sentencia del 25 de febrero de 1975 al reconocimiento de la protección del embrión con anterioridad a la anidación se debían a criterios de Política criminal relacionados con el embarazo natural que no debían ser tenidos en cuenta en el desarrollo de los embriones in vitro.

⁶⁰⁶ Por lo tanto, insiste en que la importancia que se pretende conferir al día 14 del desarrollo embrionario in útero (anidación) al embrión in vitro sólo sería valido si se demuestra que realmente existe una equivalencia de ritmos de desarrollo entre ambos, lo que, según apuntan los científicos, no se da, pues a partir del 7º día después de la fecundación del óvulo, el desarrollo del embrión in vitro es más lento que el uterino, por lo que **inclusive se cuestiona si puede o no llamarse siquiera preembrión a aquella realidad desarrollada in vitro**. En pocas palabras, opina, carece de fundamento equiparar la importancia del desarrollo al día 14 del embrión in vivo, al embrión in vitro, por lo que habría que prescindir de esa analogía y considerar no viable al embrión in vitro en el día catorce. Cfr; SILVA SALCEDO, PAULINA: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 106 y ss.

emitió el TC contra sendos recursos promovidos precisamente vs las leyes 35/1988 y 42/1988 y, la segunda, pues si bien el contexto en que se elaboró fue ajeno al del desarrollo de un preembrión fuera del útero materno - no hay que olvidarlo -, el TC no se concretó a señalar el momento a partir del cual comienza la protección de la vida como un bien jurídico constitucionalmente protegido del artículo 15, sino que a partir de criterios biológicos “determinó” el momento en que la vida humana como proceso biológico, da inicio.

Por tanto, estimamos hay que dejar muy claro lo siguiente. Ocuparse de estos criterios constitucionales es importante a pesar del contexto en que se elaboraron, pues *una cosa muy distinta es afirmar que la vida del preembrión no sea un bien jurídico constitucional, lo cual no significa ni que tenga ni que no pueda ser un bien jurídico protegido por la norma administrativa y/o penal, y otra muy diferente es que el TC diga que el preembrión humano no es biológicamente una vida humana*, lo cual si tendría consecuencias en la elaboración de la norma, y de ahí, en la imposibilidad de configurar esa vida humana como bien jurídico administrativo o penal.

Dicho de otra manera, resultaría intrascendente afirmar o negar que la vida humana del embrión preimplantatorio constituya un bien jurídico constitucional en el sentido del artículo 15 CE, pues ello **no impide que el legislador**, a través de la inclusión de la norma administrativa (prohibición de investigación y experimentación en el preembrión humano sin finalidad terapéutica) y la norma penal (prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier finalidad distinta de la procreación humana) **dispense al embrión no anidado extracorpóreo en si mismo una protección jurídica directa** - que no es otra que su vida -, **ya que como hemos visto, la referencia a la Constitución sólo significa que el legislador no puede tutelar intereses que resulten ser incompatibles con ella** (límite negativo) y, dado que una protección así otorgada - **vida humana del preembrión** - **no podría considerarse contraria o incompatible a algún precepto o interés constitucional**, repito, su exclusión como bien jurídico protegido por el artículo 15 CE resultaría intrascendente⁶⁰⁷.

En consecuencia, obviamente también resultaría intrascendente para la tutela de aquellos “otros” intereses que trascienden al embrión en si mismo considerado, el hecho de que la vida humana del embrión preimplantatorio como bien jurídico protegido no

⁶⁰⁷ Dicho esto mismo a contrario sensu, significa que para negar la tutela del embrión humano preimplantatorio no es necesario que no se le considere vida humana en el sentido del artículo 15 CE, sino que es suficiente argumentar que si bien la vida humana es siempre un bien jurídico constitucional relevante aún en sus más tempranos estadios de desarrollo, solo merece tutela a partir de un determinado momento particular de valoración, ya que dicho reconocimiento de vida humana no es suficiente para afirmar o justificar una protección absoluta a la misma, ya sea a través del Derecho administrativo o bien, del Derecho penal. Ver; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 228, 266 y ss.

encuentre apoyo en el texto constitucional, pues la protección dispensada al embrión humano extracorpóreo para tutelar esos intereses que el desarrollo de la moderna biotecnología amenaza, en nada se condicionarían con el reconocimiento o no en el preembrión humano de vida humana y de protección jurídica⁶⁰⁸.

Por tanto, si bien podríamos coincidir con BUSTOS PUECHE en que finalmente nos encontramos enfrascados en terrenos metajurídicos en los que el texto constitucional puede decir muchas cosas, dado que al final resultará determinante en el establecimiento de su contenido la ideología del interprete, "sin que en todo caso pueda negarse que cabe perfectamente en la Constitución la opinión de que la vida humana es un valor fundamental y principio general del Derecho y que su protección se extiende desde el momento original - fecundación - hasta su extinción natural"⁶⁰⁹, no es menos cierto, vuelvo a reiterar, que el quid de la cuestión radica, en síntesis, en que esa precisión biológica acerca de la valoración o no del preembrión como vida humana, y de ahí como un bien jurídico constitucionalmente protegido, es importante en tanto repercute en la manera en la que se estructura el Ordenamiento en su conjunto, así como en la forma en la que las normas relativas a la intervención y protección del preembrión se explican y se comprenden, derivándose o desprendiéndose así, su estatuto jurídico.

No obstante, ello no es obstáculo para destacar y dejar claro que de lo hasta ahora señalado nos parece indiscutible que la respuesta acerca de la necesidad o no de criminalizar las actuaciones proyectadas sobre el preembrión no pudo ni puede quedar zanjada por la extrapolación de los criterios constitucionales antes manejados⁶¹⁰, toda vez que ello termina requiriendo poner en contacto, como antes advertimos, las distintas áreas y normas del Derecho que sobre él se ocupan así como los principios del Derecho penal reconocidos.

Es decir, en ningún momento hemos pretendido fundamentar la intervención y sanción penal, e incluso administrativa, de las actuaciones sobre el preembrión humano a través de la referencia a la STC 53/1985, sino que simplemente hemos estimado que su acotación resulta obligada para la elucidación e interpretación de la ratio legis de la norma secundaria y de ahí, para la precisión y comprensión del estatuto jurídico general de la vida humana en formación, cuya determinación hay que extraer del Ordenamiento

⁶⁰⁸ En sentido similar; VILA CORO BARRACHINA: "El comienzo de la vida humana", ob cit, pág. 5805, entiende también que aún y cuando haya vida a partir del momento mismo de la fecundación, hay que tomar en cuenta la presencia de otros intereses a ponderar y que podrían en definitiva justificar algunas intervenciones sobre los embriones.

⁶⁰⁹ BUSTOS PUECHE: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 929 y ss.

⁶¹⁰ Pues en ello serán determinantes criterios de Política criminal.

jurídico en su conjunto⁶¹¹ a través del análisis concreto de las normas específicamente referidas a la investigación y experimentación del embrión humano no anidado, e incluso del anidado y del feto.

Para ello, dado que la regulación del tratamiento de los embriones, anidados y no anidados, así como de los fetos humanos ha sido un tópico que ha preocupado no sólo al legislador español, conviene detenerse a precisar las divergentes posiciones asumidas en otras latitudes, principalmente en el contexto europeo, y en cuyas fuentes, invariablemente, pueden encontrarse antecedentes directos de la regulación en España.

3.4. Formas y fuentes de protección al embrión. Antecedentes.

- El Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia (creado el 23 de febrero de 1983) tuvo como finalidad el estudio de los problemas planteados por la investigación médica biológica y ciencias de la salud en general. En el dictamen sobre las investigaciones en embriones humanos in vitro y su utilización con fines médicos y científicos, el problema del estatuto del embrión fue tratado y sobre él se dijo finalmente; (en el informe ético que acompañó dicho dictamen) que se reconoce como una exigencia básica el respeto al derecho a la dignidad humana; que es un valor superior a cualquier otro y que deberá ser el criterio a utilizar para resolver los conflictos de valores o de intereses suscitados por la posibilidad de utilizar los embriones humanos in vitro. El Comité considera al embrión humano como persona humana potencial, significando con ello una realidad no sólo biológica, sino también antropológica y cultural. Dice el Informe ético:

“Considerar al embrión humano desde sus comienzos como una persona humana potencial es tener cuidado no sólo de la potencialidad biológica de persona humana encerrada en este ser individual en gestación y de las consecuencias de nuestras actuaciones sobre su futuro biomédico, sino también de la imagen anticipada de una persona psico-social cuya edificación ha comenzado después de nuestra decisión sobre su destino humano...**El embrión humano desde la fecundación pertenece al orden del ser y no del tener, de la persona y no de la cosa o del animal.** Debería ser considerada éticamente como un sujeto en potencia, como una alteridad de la que no se puede disponer sin límites y cuya dignidad señala los límites al poder o dominio por parte de otros”⁶¹².

⁶¹¹ Y de donde podremos inferir finalmente, qué fue lo que el legislador ordinario entendió de la STC - “la vida es una devenir, un proceso que comienza con la gestación” - en la creación de las normas secundarias - administrativas y penales.

⁶¹² Tomado de ABEL FRANCESC: “Aspectos Eticos de la Tecnología de la Reproducción Asistida”, ob cit, pág., 185 y 186.

En síntesis, el Comité señaló que *sólo los ensayos (experimentaciones) clínicos de claro beneficio potencial para el embrión son aceptados, rechazando las investigaciones invasivas sin beneficio para el embrión* y orientadas a poder predecir características y anomalías genéticas y el sexo, así como la terapia genética germinal, **considerando al embrión como persona potencial que requiere el respeto de persona por pertenecer no sólo a la especie humana, sino al género humano.**

- El informe WARNOCK de 1984 en el Reino Unido, al tratar sobre el estatuto del embrión humano, optó por resolver el problema rehuyendo la pregunta de cuándo el embrión es persona para centrarse en cómo y cuál es la manera correcta en la que hay que tratarlo, afirmando la existencia de una continuidad en el proceso que se inicia con la fecundación y que sigue hasta el final del desarrollo, sin realizar distinción entre los embriones in vitro y los in vivo. Dice el Comité:

"Si bien, el tiempo exacto en que se producen las distintas fases del desarrollo resulta fundamental, **una vez que el proceso se ha iniciado no existe una parte concreta del mecanismo evolutivo que sea más importante que otra**; todas constituyen parte de un proceso continuo y, a menos que cada fase se desarrolle con normalidad, en el momento correcto, y en la secuencia apropiada, se interrumpirán las fases ulteriores de ese desarrollo. Por tanto, **no existe un sólo estadio identificable, desde un punto de vista biológico, en el desarrollo del embrión, rebasado el cual el embrión in vitro no debiera ser mantenido vivo**".

Pero, apesar de lo anterior, el Comité convino en que era necesario llegar y tomar una decisión precisa del tal momento del desarrollo embrionario a partir del cual debe surgir la protección y el consecuente estatuto del embrión. Por lo tanto, después de reconocer la existencia de posturas contrarias sobre el carácter de persona del embrión humano, el Comité se inclinó por no responder estas interrogantes⁶¹³, sino por plantear la cuestión de cómo debe tratarse al embrión humano.

Así, el Informe WARNOCK destacó que la objeción principal sobre el empleo de embriones humanos como sujetos de investigación esta basada en principios morales que consideran que la utilización de embriones humanos para la investigación es moralmente mala debido al hecho de que son humanos⁶¹⁴, no obstante, desde aquel entonces concluyó recomendar y permitir la experimentación e investigación con los

⁶¹³ Pues consideró constituyen cuestiones de hecho no susceptibles de respuestas directas, sino de respuestas con complejos amalgamas de juicios fácticos y morales.

⁶¹⁴ Empero, a pesar del respeto que dicho Comité advierte que merece el embrión humano, terminó aceptando y reconociendo la posibilidad de utilizarlos para la investigación en función del criterio biológico que corresponde al final del estadio implantatorio. Sobre éste Informe, Ver; SÁNCHEZ EZNARRIAGA: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 124 y 125, así como ABEL FRANCESC: "Aspectos Éticos de la Tecnología de la Reproducción Asistida", ob cit, pág. 192 -196.

embriones humanos e inclusive la creación de ellos para fines exclusivamente experimentales⁶¹⁵.

- En Canadá por su parte, la Comisión Real sobre nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, mejor conocida como la Comisión BAIRD, tras cuatro años de análisis, publicó su informe respondiendo a la cuestión planteada y que consistía en determinar si en Canadá debía o no permitirse la experimentación en embriones humanos. Dicho informe concluyó que la prohibición total de la investigación en embriones humanos no era realista desde un punto de vista científico y era éticamente inaceptable.

El principal argumento ético en favor de la investigación en embriones fue que, dado que la experimentación sobre seres humanos en cuanto tales es ética y jurídicamente aceptable, los embriones humanos, dice el informe, no son lo suficientemente diferentes de otros tipos de vida humana como para clasificarlos en una categoría propia y excluirllos categóricamente del ámbito de la investigación. No obstante, como el embrión es una fuente potencial de vida humana, el Informe destacó que no puede ser considerado un simple producto del cuerpo humano, sino que tiene que ser tratado con consideración y respeto⁶¹⁶.

- Otro informe denominado "Informe WALLER", creado ad hoc en el Estado de Victoria en Australia, recomendó que sólo se debe autorizar la investigación sobre embriones sobrantes de programas de procreación asistida y siempre dentro de los primeros catorce días después de la fecundación, precisándose de la autorización de los productores de los gametos.

- Por otra parte, el comité ético de la American Fertility Society, al tratar sobre la condición moral del embrión humano, consideró que los estadios del desarrollo humano, desde la fecundación hasta el final de la implantación, implican cambios de magnitud, cualitativa y cuantitativa que suponen de hecho un cambio de *status* que le lleva a afirmar que el estatuto del preembrión (desde la fecundación hasta la anidación) es diferente del embrión implantado y del feto, considerando que **el preembrión humano**

⁶¹⁵ Postura ésta última que ha sido apuntalada en fechas recientes a partir de la decisión ya antes referida del Gobierno de TONI BLAIR, pendiente de ratificación parlamentaria, de permitir ahora vía clonación, la creación de embriones sin finalidad reproductiva.

⁶¹⁶ Sobre este informe, véase; BAUDOUIN, JEAN LOUIS: "Novedades en Canadá sobre la Investigación y experimentación genética y con embriones humanos", Revista General de Derecho, N° 6, 1997, pág. 43-49.

no es una persona, pero debe ser tratado con un respeto especial porque es una entidad humana viviente genéticamente única que puede devenir en persona⁶¹⁷.

• En Italia, el debate en torno a la noción, identidad, estatuto y, consecuentemente la forma de protección que debe dispensarse al embrión humano, y en el que participaron, entre otros, filósofos, teólogos, científicos, médicos y juristas es ciertamente más reciente, pero, no por ello, menos importante.

De dicho debate se desprendieron un cúmulo de afirmaciones que no son sino la expresión representativa de las diversas posturas que es posible identificar en torno al tópico relacionado con el embrión humano, y que quedaron recogidas en un texto denominado "Manifiesto de Bioética laica", el cual recalcó, entre otras cosas, la necesidad de garantizar al científico la libertad de investigación en el campo, precisamente, de la terapia génica y la genética humana.

Ello produjo obvias reacciones que, en opinión de GONZÁLEZ MORÁN⁶¹⁸ motivaron que las posturas se fueran alineando en tres corrientes distintas:

a) El embrión humano es ya persona, y de ahí que sea ilícita:

La supresión o reducción del embarazo o cualquier forma de manipulación del embrión antes del décimo cuarto día;

La experimentación no terapéutica del embrión y;

La supresión o cualquier forma de manipulación sobre el embrión vivo criopreservado no implantado.

b) El respeto y el deber de tutela existen solo respecto de las personas y no está demostrado que todo ser humano sea persona. Por lo tanto, sólo hasta en tanto se responda si el embrión humano es ya persona, o no, puede decidirse su forma de protección⁶¹⁹, y;

⁶¹⁷ Para conocer con más detalle este informe y las razones del American Fertility Society para considerar que el preembrión humano merece un respeto especial pero no el absoluto de la persona. Cfr; ABEL FRANCESC: "Aspectos Éticos de la Tecnología de la Reproducción Asistida", ob cit, pág. 199 - 202.

⁶¹⁸ GONZÁLEZ MORÁN, LUIS: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II), pág. 10 del ejemplar mecanografiado.

⁶¹⁹ Esta fue la posición del Comité Nacional de Bioética de Italia, mismo que finalmente concluyó unánimemente que debe tratarse al embrión humano desde la fecundación como una persona, consistiendo la línea argumental del pensamiento del Comité, en opinión de GONZÁLEZ MORÁN, que el embrión, independientemente del hecho de que pueda o no demostrarse que es persona, debe ser

c) El embrión ni es persona ni debe ser tratado como si lo fuese, fundamentalmente durante los catorce días siguientes a la fecundación.

- Finalmente, hay que atender a las recomendaciones y resoluciones - ya citadas en el transcurso de nuestro trabajo - que en el marco de la Comunidad Europea se han realizado para acotar el tratamiento de los embriones humanos frente al desarrollo de la ingeniería genética.

De ellas, destacan: a) La recomendación 1046 del 24 de septiembre 1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales; b) La recomendación 1100 del 2 de febrero de 1989 sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica; c) Resolución del Parlamento Europeo de fecha de 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética; d) Resolución del Parlamento Europeo de la misma fecha sobre fecundación artificial in vitro e in vivo y, más recientemente; e) El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, también llamado Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina, mismas que entre otras disponen:

Recomendación 1046.

Esta recomendación señaló que debe limitarse la utilización industrial de embriones y fetos humanos, así como la de sus elementos y tejidos a fines estrictamente terapéuticos y que no puedan ser alcanzados por otros medios; Sugiere que cada país ajuste la legislación concreta a los principios mencionados en el Apéndice de la Recomendación o en su caso, que se promulguen normas jurídicas en sintonía con los mismos, precisando en particular los requisitos con arreglo a los cuales podrán efectuarse la extracción y utilización con fines diagnósticos y terapéuticos;

- Recomienda prohibir toda creación de embriones humanos mediante fecundación o in vitro con fines de investigación en vida o tras su muerte;

- Prohibir todo aquello que pudiera definirse como manipulación o desviación no deseable de las técnicas de ingeniería genética, entre las cuales se incluye; la experimentación sobre embriones humanos viables y la experimentación sobre embriones vivos, viables o no.

tutelado y tratado como si fuese persona. Véase; GONZÁLEZ MORÁN: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996, ob cit, pág. 10.

De esa manera, en el apéndice que forma parte íntegra de la Recomendación se recogen un cúmulo de normas que deben seguirse en la utilización y extracción de tejidos de embriones o de los fetos muertos, destacándose de entre todas esas normas aquellas que estipulan que:

- Sólo será legítima la intervención sobre un embrión vivo, in útero o in vitro, o sobre un feto in útero o en el exterior del útero, con fines diagnósticos distintos de los previstos en la legislación nacional, si tiene como finalidad el bienestar del niño que va a nacer y el favorecer su desarrollo⁶²⁰, y;

- Es legítima la utilización del embrión o del feto muerto con fines diagnósticos, entendiendo por ellos, la confirmación de los diagnósticos in útero o investigación de la causa de una interrupción espontánea de un embarazo.

En síntesis, las recomendaciones precisan que en todo caso y circunstancia, los embriones y fetos humanos deben ser tratados con el respeto inherente a la dignidad humana, por lo que el uso de los materiales y tejidos humanos deben estar **limitados estrictamente y regulados para propósitos que sean claramente terapéuticos**, restringiendo el uso de ellos en contextos industriales, sólo para usos terapéuticos, prohibiéndose en consecuencia la creación artificial y uso de los embriones humanos, así como la manipulación no patológica de las características hereditarias.

Recomendación 1100.

Por su parte en la Recomendación 1100 de la mencionada Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, se pudo observar la supuesta importancia que se concedió a la búsqueda del equilibrio entre la libertad de investigación científica y el respeto por la dignidad humana que es inherente a toda vida humana, pues habiendo considerado que si bien las Ciencias Biomédicas y la Biotecnología seguirán avanzando, su libertad de acción no puede restringirse de manera arbitraria sino sólo a través o por medio del diálogo y el encuentro entre estas áreas de desarrollo de la creatividad humana y los

⁶²⁰ Es particularmente importante recalcar que de los principios establecidos por la Recomendación sobre la utilización de embriones o fetos humanos se desprende que la utilización de esas realidades humanas deberán tener un carácter excepcional, tal y como puede desprenderse del hecho de que haya quedado estipulado que la decisión de la interrupción del embarazo nunca deberá estar influida por la posible utilización posterior del embrión; o a través de la norma que exige la independencia entre el equipo médico que proceda a la interrupción del embarazo y el equipo que pueda utilizar los embriones; la necesidad del consentimiento de los padres o de los donantes de los gametos; o la prohibición de finalidad lucrativa o de remuneración alguna en la utilización de embriones o fetos, o de sus tejidos, criterios estos que, vale la pena destacar, fueron incorporados por el legislador a través de los artículos 2.b), 2.d) 3.2) y 3.3) de la Ley 42/1988.

principios éticos, sociales, culturales y jurídicos, destacando en el punto 6º la necesidad de definir la protección jurídica que debe concederse al embrión humano, considerando expresamente que ello sería apropiado realizarlo desde el tiempo en que el huevo humano es fecundado .

Ello también fue realizado a través de un Apéndice en el que se recogieron las normas sobre investigación científica y/o experimentación sobre gametos, embriones y fetos humanos, así como la donación de elementos de esas mismas realidades humanas, realizando expresa referencia a los gametos, los embriones preimplantatorios vivos y muertos, los embriones implantados y los fetos vivos in útero, los embriones postimplantatorios o los fetos vivos fuera del útero, los embriones y fetos muertos, destacándose por su relación e importancia:

- La prohibición de crear cigotos o embriones in vitro con fines de procreación a partir de gametos utilizados en la investigación o experimentación;
- La prohibición de extraer de los embriones implantados y los fetos vivos in útero; células, tejidos u órganos embrionarios o fetales, de la placenta o de sus membranas, si están vivos, para toda investigación que no sea de carácter diagnóstico y finalidad preventiva o terapéutica y;
- La prohibición de experimentar en embriones o fetos vivos fuera del útero, viables o no y la limitación para intervenir sólo con la finalidad de favorecer el desarrollo y autonomía vital en aquellos fetos expulsados prematura y espontáneamente y que sean considerados biológicamente viables⁶²¹.

Resolución del Parlamento Europeo sobre fecundación artificial in vitro e in vivo, y sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

En la primera de ellas, la Resolución señaló que debe reconocerse - reconoce - el valor de la vida y, más especialmente, el derecho a la protección de la persona, expresando su preocupación por el derroche de embriones que la fecundación in vitro puede comportar y propone el uso de técnicas y metodologías que eliminen su riesgo, solicitando que, consecuentemente, en la fecundación in vitro se fecunden únicamente los óvulos que puedan ser implantados.

⁶²¹ El artículo 25 de la Recomendación señaló que por viabilidad se entenderán los embriones que no presenten características biológicas que puedan impedir su desarrollo, y que la no viabilidad deberá determinarse a través de criterios biológicos objetivos fundados en los defectos intrínsecos del embrión.

En la segunda resolución, aún sin llegar a asumir una postura definitiva que le comprometa, recordó que el cigoto requiere protección y que por lo tanto no puede ser objeto de experimentación arbitraria, pidiendo que se definan “con carácter vinculante” los posibles campos de aplicación de la investigación, del diagnóstico y de las intervenciones terapéuticas, particularmente las prenatales, de manera que las intervenciones sobre los embriones humanos vivos o sobre fetos, o bien los experimentos sobre estos estarán justificados sólo en la medida en la que la intervención presente una utilidad directa en beneficio del “niño en cuestión” y de la madre, y si se respetan la integridad física y psíquica de la mujer, por lo que considera sólo debe autorizarse el uso de embriones o de fetos muertos, cuando ello tenga una finalidad terapéutica y cuando exista un motivo reconocido que lo justifique⁶²².

Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina.

Por último, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano, al que ya nos hemos referido en no pocas ocasiones en nuestro trabajo, señaló, en lo que aquí interesa, que el objetivo de los países firmantes del Convenio consiste en proteger el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de manera tal que ante el rápido desarrollo de la biología y de la medicina, la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo sino también como perteneciente a la especie humana deviene en un imperativo, garantizando su dignidad humana frente a la amenaza del uso inadecuado de la medicina y de la biología, concretando dicha finalidad a través de diversas disposiciones y particularmente, a través del artículo 18º en el que se estipuló, ambiguamente, que cuando las legislaciones nacionales permitan la posibilidad de investigar en embriones humanos obtenidos in vitro, se deberá asegurar una “protección adecuada” para el preembrión, (ahí lo ambiguo) señalándose de manera más clara, que se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de investigación⁶²³.

Sin embargo, sobre éste particular es muy importante destacar que éste tópico acerca de la experimentación de embriones humanos constituyó el punto de discordia que

⁶²² Finalmente la Resolución sugiere que los embriones humanos se utilicen con fines terapéuticos o científicos en la misma forma en que se utilizan los cadáveres humanos.

⁶²³ Lo cual significa para el profesor ROMEO CASABONA: “El genoma humano, objeto del Derecho Internacional”, ob cit, pág. 42 y 43, que de ello no debe deducirse que se prohíba la experimentación con embriones en forma absoluta, dado que una cosa es crear para experimentar, que esta prohibido, y otra es experimentar con los sobrantes, conducta ésta última que junto con la experimentación con fines terapéuticos en beneficio de otros seres humanos, a su juicio, quedarían al margen de la prohibición señalada en el Convenio. Empero, como más adelante ahondaremos, no coincidimos con esa postura dado que también en los sobrantes existen límites que se encuentran en que buscar el desarrollo del embrión en si mismo considerado

llevó a Alemania e Inglaterra a no participar en el acto de la firma del multireferido Convenio Sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, y que además trajo como consecuencia que en el marco del mismo Convenio se decidiera no acordar nada definitivo sobre el particular, encomendándose el desarrollo de las pautas y normas generales acerca de la disposición de embriones humanos para investigación y experimentación al desarrollo y aprobación de un futuro protocolo que aún no ha sido formalmente presentado o aprobado.

Según observamos, el principio **general** de protección sentado por los órganos internacionales citados respecto de la intervención sobre los embriones humanos **puede sintetizarse señalando** que, se prohíbe toda clase de actos, procedimientos o intervenciones en ellos, salvo que dichas actuaciones tengan como finalidad el beneficio del embrión y los estudios de observación no lo perjudiquen⁶²⁴, por lo que, siguiendo esta línea de argumentación, es posible **establecer** la necesidad de **una normativa que impida el abuso de la manipulación de la vida humana es este grado de desarrollo, y que al mismo tiempo no obstaculice las líneas de investigación** encaminadas a encontrar nuevos hallazgos que ayuden, dada la finalidad incuestionablemente loable de la investigación, y por ello de la licitud de la meta buscada, a comprender mejor los mecanismos fisiológicos y patológicos del desarrollo embrionario, con la finalidad de prevenir la producción de malformaciones así como la cura de enfermedades en el ser humano.

• Pero ¿y esto qué significa?. **Para nosotros significa que la limitación a la experimentación e investigación expresa que la protección del embrión estaría dada a partir del reconocimiento de su pertenencia a lo humano, o lo que es igual, a partir del reconocimiento en él, de vida humana**, y esto lo podemos explicar si recapitulamos el conjunto de ideas que hasta ahora se han expresado.

Es cierto que si bien no existe consenso para sostener que al embrión no anidado (ni al anidado ni al feto) es posible reconocerle como persona⁶²⁵, es indudable la aceptación general de su pertenencia a la raza humana⁶²⁶. No es persona pero

⁶²⁴ Con más razón, los embriones en el útero no pueden ser objeto de experimentación y únicamente pueden realizarse aquellas conductas que tengan como finalidad el diagnóstico o la terapia destinada a favorecer el desarrollo y nacimiento del nasciturus.

⁶²⁵ Para TRIAS ROCA, el artículo 2º de la Convención Europea de Derecho Humanos excluye a los embriones, sobre la base de que el término "todos" se refiere a la persona nacida y no es aplicable al nasciturus. Cfr; TRIAS ROCA: "The perplexities of Law", ob cit, pág. 135.

⁶²⁶ De opinión similar a la sostenida en este trabajo, BUSTOS PUECHE: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 925, afirma que el concepto de persona es metajurídico y por lo tanto el derecho nada tiene que decir si un ser humano es o no persona.

tampoco es una cosa⁶²⁷, y aunque no tenga un reconocimiento legal equivalente a la persona humana ya nacida, no se puede tampoco decir que sea una cosa susceptible de ser hurtada o robada⁶²⁸.

De esta manera, el embrión humano no es persona⁶²⁹, no es cosa, pero es un algo por lo que le corresponde un status que le hace merecedor de cierta protección jurídica⁶³⁰.

Según se observa, parecería que determinar el momento a partir del cual es posible hablar de la persona humana y su significado es decisivo para poder valorar, desde un plano normativo, lo permitido o no de las actuaciones, intervenciones y experimentaciones que en el campo de la ingeniería genética y/o reproductiva pueden realizarse. Sin embargo, lo realmente importante es poder concluir si la protección buscada y dispensada por el marco legal español del embrión no anidado extracorpóreo se desprende de su vida y pertenencia a lo humano⁶³¹, independientemente de la consideración sociopolítica o metafísica de si es o no persona⁶³².

⁶²⁷ El mismo Informe Palacios en su página 69, indica en forma similar, que el preembrión no es ni una persona ni una cosa.

⁶²⁸ CUERDA RIEZU: "Límites Jurídico Penales de las Nuevas Técnicas Genéticas", ob cit, pág. 421.

⁶²⁹ En sentido opuesto al aquí sostenido, la Iglesia Católica ha reiterado en la Instrucción de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe *Donum Vitae*, del 22 de febrero de 1987, que el ser humano ha de ser respetado - como persona - desde el primer instante de su existencia, esto es, desde el instante mismo de la fecundación.

⁶³⁰ Así también, SÁNCHEZ EZNARRIAGA, quien asevera que el hecho de que el embrión no sea persona y que carezca de personalidad jurídica, no lo convierte en una cosa carente de consideración. Ver; *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 110.

⁶³¹ BRODY, EUGENE: *Biomedical Technology and Humans Rights*, ob cit, pág. 93, destaca la resolución de una Corte estatal norteamericana que afirmó que los **embriones criopreservados no eran ni personas ni cosas**, pero conforman una categoría intermedia que los hace merecedores o acreedores de un respeto especial, ello en razón de su potencialidad para la vida humana.

⁶³² Sobre las "categorías" o "clasificaciones" de seres humanos", como razonamientos sociopolíticos, ver; FALK, W, ZEE'V: *Law And Religion*, The Hebrew University of Jerusalém, Editorial Mesharim Publishers, 1981, pág. 192 y ss. Para este autor, las clasificaciones entre seres humanos son conceptos e imágenes históricas que traen como consecuencia que la Ley no sea otra cosa sino el resultado de una imagen desarrollada a través de la experiencia de muchas generaciones, y que ha tendido a la clasificación y categorización de los seres humanos, dando lugar también a las "distintas clases de personas" o a las varias categorías de seres humanos, que comúnmente reflejan la imagen general de la humanidad. En la misma dirección, ver también; TRIAS ROCA: ob cit, pág. 129, para quien decidir si el concebido es o no una persona, no depende tanto del criterio biológico sino de los criterios culturales y de la organización social.

Si como tuvimos oportunidad de revisar, el embrión no anidado no es cosa pero tampoco persona, y si aquella realidad derivada de la unión de los gametos humanos es biológicamente desde el primer momento un ser vivo de la especie humana⁶³³, una de las preguntas que debemos hacernos es si ser individuo de la especie humana es separable de la condición de persona⁶³⁴.

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a ello es que no es separable, pero tampoco es axiomático, pues un ser humano, al que podremos llamar preembrión, embrión o feto, puede llegar, o no, a ser persona. Por lo tanto, si la protección del embrión no anidado está dada en función de la vida y pertenencia a la especie humana, da igual si los seres humanos consideramos al preembrión como persona o si a un negro no, pues el respeto y dignidad a ese sujeto, libre o esclavo, negro o blanco, indígena o mestizo, le es inalienable, no en función de ser persona, sino de ser un ser humano vivo⁶³⁵.

Esto no significa, bajo ninguna circunstancia, que estemos sugiriendo que la persona puede ser tratada como algo ajeno a ello. Por el contrario, con las lecciones que la historia nos ha mostrado, es evidente que la estupidez, el poder, la intolerancia y la soberbia nos han llevado al maltrato y negación de la calidad de lo humano en función, reiteramos, de las distintas categorizaciones que, dependiendo del contexto histórico y cultural, se han realizado. Ante ello, sería una irresponsabilidad grave negar que probablemente esto sigue y seguirá ocurriendo, y que la razón por la cual ésta catalogación de persona nos afecta tanto, es quizá por el hecho de que hemos olvidado que el “Hombre”, hoy y hace 5760 años, es producto de la especie humana *mientras que la persona es un producto de factores culturales, sociales, políticos, religiosos, y ambientales, cambiantes y siempre circunstanciales.*

Es decir, en el existir de la persona humana, dice Gallagher, pueden distinguirse tres niveles; actividad (capacidad de goce), capacidad de obrar (capacidad de ejercicio) y sujeto. Una cosa es actuar como persona (reír, llorar) otra distinta es tener la facultad de poder obrar así y otra es el sujeto, primer ser, que tiene esa facultad con la cual obra como persona. *“Ni la actividad ni esa facultad o poder se identifican con los seres que*

⁶³³ Es decir, vida humana.

⁶³⁴ Para SARMIENTO, AUGUSTO; RUIZ PÉREZ, G y; MARTÍN, J, C: *Ética y genética*, ob cit pág. 47, la solución a esta interrogante está unida al significado que se dé al término persona, el cual debe ser entendido bajo un criterio primariamente ontológico. Por su parte, STORCH, ob cit, pág. 3 y ss, afirma que todo hombre es persona y que dicha cualidad es una dimensión natural del hombre, distinguiendo entre ser persona y tener personalidad.

⁶³⁵ En sentido similar al aquí expresado, VILA CORO BARRANCHINA: “El comienzo de la vida humana”, ob cit, pág. 5804, sostiene que la dignidad le corresponde “a la persona” por ser miembro de la especie humana.

las tienen. Las diversas actividades que el hombre realiza y las facultades que tiene son atributos suyos, pero no son de él. Seguirá siendo él aunque no ejerza las posibilidades que tiene y también aunque no las tenga. La persona está en los tres niveles, pero lo más importante es ese sujeto, ese primer ser, que permanece en todos los momentos, en toda la existencia, tenga o no esas facultades y las ejerza o no”⁶³⁶.

Yo entiendo con esta reflexión, que la falta de capacidad de ejercer un atributo inherente a la persona no la hace una cosa distinta a un ser humano, lo que significa que el hecho de perder las funciones cerebrales o no haberlas alcanzado por falta de desarrollo no implica que el ser haya perdido o no haya alcanzado su condición humana. En otras palabras, la condición humana no depende de las capacidades o potencias del ser humano en un momento determinado de su existencia, sino que le pertenece por naturaleza y es, por lo tanto, propia y privativa de todos los Hombres.

Por lo tanto, el punto de vista de quienes sostienen que no es posible hablar de un ser humano hasta que se desarrolle el sistema nervioso, pues, según estos, lo que distingue a un hombre es su capacidad de raciocinio, la forma de vida inteligente, misma que al no aparecer en los primeros estadios del embrión, no constituye la base orgánica necesaria para que pueda ejercerse el discurso racional y, por tanto, no puede ser considerado como tal, resulta desde nuestro punto de vista intrascendente, pues seguimos sosteniendo que la aparición del sistema nervioso no determina la calidad de un ser como individuo de la especie humana.

Afirmar lo contrario significaría que un ser a quien pretendamos llamar humano requiere desarrollar cuando menos alguna manifestación de pensamiento “humano”, pero ¿y si un individuo con deficiencias cerebrales es incapaz de pensar, entonces no estaremos frente a un ser humano?; ¿será entonces una simple masa corporal sin aquellos derechos inherentes a los seres humanos “pensantes”? Evidentemente que la respuesta es en sentido negativo.

Reitero mi opinión en el sentido de que a un Hombre se le puede distinguir por su corporalidad humana independientemente de su capacidad de raciocinio, y que en verdad lo que acontece es, que para ser, no Hombre ni ser humano, sino persona, se requiere de un mínimo desarrollo del sistema nervioso central “sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona”⁶³⁷.

⁶³⁶ GALLAGHER, J: *Is the Human Embryo a Person? A Philosophical investigation*, Human Life Research Institute, citado por SARMIENTO, AUGUSTO; RUIZ PÉREZ, G; y MARTÍN, J, C, en *Ética y genética*, ob cit pág. 47.

⁶³⁷ ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 162.

Por ello, insisto en que debe precisarse y no utilizarse indiscriminadamente de manera análoga el término individuo, Hombre y persona, pues sin ésta distinción el racionamiento anterior, que nos parece acertado, puede ser criticado y considerado erróneo, ya que desde nuestra construcción lógico racional, al neonato se le debe y puede proteger por su condición humana, es decir, lo que no podemos aceptar es que la condición humana dependa de un grado de desarrollo nervioso o fisiológico, pues el ser humano es siempre eso, independientemente de que en ocasiones alcance o no a ser persona, cuya condición será consecuencia de su capacidad funcional humana.

De igual forma, las objeciones citadas pueden ser aclaradas bajo otro discurso racional que requiere distinguir, no dividir, entre un ser humano y una persona. Por tanto, el hecho de que un individuo con deficiencias cerebrales sea incapaz de pensar no lo hace menos o más humano y por ello no pierde ni deja de tener todos aquellos derechos inherentes a su calidad de ser humano. Si ser *persona* es ejercer, actuar, vivir o desarrollar una *personalidad*, es posible que alguien así pueda dejar de manifestarse como tal ante la pérdida de su capacidad mental o racional, lo que no significará que dejará de ser un ser humano al que debemos proteger por esa particularidad que le otorga la pertenencia a la especie y su consecuente dignidad.

Así, la teoría gradualista, punto de vista opuesto a aquél que considera que la vida humana existe desde el momento de la fecundación, considera que la persona o la calidad de individuo no se da en el preciso momento de la fecundación, sino que se alcanza esta condición humana en forma gradual hasta el final del proceso. Es decir, para esta teoría, en los primeros estadios habrá vida humana pero de manera parcial, pues comienza a existir una masa amorfa que luego es humana y al final es un individuo con su unidad e identidad.

Evidentemente, tampoco coincidimos con esta teoría pues, no obstante que señala que con la fecundación no habrá aún persona, (con lo que estamos de acuerdo) le niega al concebido la condición humana que dice obtendrá de manera gradual. Para nosotros esto no es así, pues desde la fecundación habrá un ser que poseerá condición humana por el simple hecho de pertenecer a ésta especie y el final del proceso no será sino la continuación de una vida humana, de un ser humano, ahora como persona. "La conclusión de que el cigoto, blastocisto, preembrión y embrión, indican convencional o descriptivamente, solamente fases diferentes del nuevo ser humano antes del nacimiento, tal como neonacido, infante, niño, adolescente, adulto y viejo, indican solamente fases diferentes de la vida del hombre después del nacimiento, sin nada que añadir y sin nada que restar a la humanidad del ser humano"⁶³⁸.

⁶³⁸ MANTOVANI, FERRANDO: "Usos de gametos, embriones y fetos en la investigación genética y con propósitos cosméticos e industriales", ob cit, pág. 252 y ss.

Por tanto, si aceptáramos que la persona humana en cuanto tal, existe desde el momento de la fecundación y que comienza a gestarse un nuevo organismo que al final del proceso será un individuo, necesariamente tendremos que cuestionarnos que pasará si el final del proceso no llega, es decir, que el embrión o feto en una hipótesis natural, termine antes de tiempo su proceso evolutivo y no llegue a nacer. ¿Habrá aborto de un *feto o embrión* o el aborto o la muerte de una *persona*?

Nadie duda que lo que realmente acontece es el aborto de un embrión o feto y no otra cosa, por lo que resulta evidente que la simple distinción y graduación que el legislador (y la moral y la religión) ha realizado siempre entre aborto y asesinato, es ilustrativa de la diferencia que hay entre embrión, feto y persona, todos ellos seres humanos⁶³⁹, **y que nos indica que también debe graduarse la protección del embrión no anidado, pero sin negarle su condición de vida humana.**

De esta manera, aceptar una distinta y peculiar valoración - graduación con la que debe protegerse la vida humana durante las diferentes fases de su desarrollo (como siempre lo ha hecho el legislador), no es impedimento para que el Derecho y el jurista afirmen, sin lugar a la duda, que debido a que el preembrión in útero o extracorpóreo **también es una vida humana**, un ser humano, es razón suficiente para impedir que se proceda ilimitadamente en contra de ella desde ese preciso momento. "Incluso quien llegue a estimar que es rechazable la existencia de un derecho autónomo a la vida cuando se trata de la vida humana dependiente, es decir, cuando todavía no se ha producido el nacimiento, tendrá que admitir que hay una forma peculiar de vida humana en el óvulo de una mujer que ha sido fecundado con semen de un hombre"⁶⁴⁰, lo cual nos lleva a afirmar que el preembrión humano, no sólo es digno de protección desde el comienzo, sino de que **el legislador también esta llamado a crear normas para proteger esta vida humana**, fijando las pautas y los límites que deben seguirse en su investigación y experimentación⁶⁴¹.

⁶³⁹ La protección jurídico penal de la vida del concebido (delito de aborto) es y ha sido por lo general menos intensa que la de los "seres humanos ya nacidos", (homicidio) evidenciándose así, con su diferente tratamiento, la efectiva diferencia entre los diferentes estadios de la vida humana y su protección jurídica.

⁶⁴⁰ ESER, ALBIN: "Genética humana desde la perspectiva del Derecho Alemán, ob cit, pág. 357. Por tanto, diría Eser, aún y cuando se considere que dicha vida humana no cuenta con un portador del bien jurídico, ello no permitiría que se le utilice o manipule a capricho pues, recuerda, en otros casos el Ordenamiento jurídico protege algunos bienes materiales incluso contra su propietario, en el supuesto de que parezcan suficientemente valiosos. En dirección afín, STELLA MARIS afirma que si la Ley (penal) incluye en su elenco bienes jurídicos de jerarquía ética innegablemente inferior, con más razón, el embrión humano extrauterino merece la protección del Estado. Cfr, MARIS MARTÍNEZ: "La genética en el ámbito de la ley española", ob cit, pág. 159.

⁶⁴¹ BARREDA GARCÍA, ARMANDO: "Las novísimas leyes de reproducción asistida y donación de embriones y fetos humanos", Cuadernos de Política Criminal, Nº 37, año 1989, pág. 214, encuentra en

Consecuentemente, como en cualquier otra ciencia o área del conocimiento humano, el problema de calificar la condición que posee el preembrión y de la que se deriva la ilegitimidad de su violación y el límite de su experimentación o investigación dentro del campo de la genética, debe estar puesto en función de su vida y pertenencia a la especie⁶⁴² y, en virtud de ello, de su respetabilidad, dignidad e identidad humana⁶⁴³.

En síntesis, de las ideas expresadas puede resumirse en tres las diversas posiciones biológico, filosófico, jurídicas que buscan determinar la naturaleza del concebido, en este caso, del embrión preimplantatorio no anidado extracorpóreo:

i) La diferenciación total entre el embrión no anidado (e incluso el anidado y el feto) y la persona. El embrión (o el feto) es degradado a simple cosa y por ello puede ser usado lícitamente para cualquier finalidad.

II) La equiparación total entre concebido (en cualquiera de sus estadios) y persona. La vida humana comienza en el mismo momento que la fecundación o concepción. El concebido tiene la misma naturaleza y dignidad humana que la persona, por lo que se afirma su indisponibilidad. La licitud de acciones o intervenciones sobre él sólo se justifican si cuando sean exclusivamente terapéuticas.

III) El concebido es ser humano, pero no aún persona. De esta forma, el óvulo fecundado no anidado es merecedor de tutela jurídica, pero en grado inferior a la que merece la persona.

De ello, es posible que las legislaciones opten:

las leyes 35/1988 y 42/1988 los medios adecuados para hacer efectiva esa protección del embrión humano al identificar como finalidad mediata de ambas, la lucha contra la esterilidad.

⁶⁴² También así; SÁNCHEZ EZNARRIAGA: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, ob cit, pág. 113, para quien el fruto de la concepción, por su pertenencia al género hombre, participa de la dignidad que corresponde a éste, tanto por la realidad intrínseca que a cada momento tiene, como por la posibilidad de convertirse un día en persona.

⁶⁴³ Sobre el límite a la investigación baste mencionar como ejemplo el desarrollo del debate ético jurídico sostenido en el Parlamento Europeo, en el cual en grandes términos se señaló que si bien la libertad de investigación es un derecho básico que ampara también a la ingeniería genética, esto no obsta para que no se impongan, en determinadas circunstancias, límites a la investigación en función de los valores y derechos protegidos por los diferentes sistemas jurídicos, entendiendo como uno de esos valores la dignidad humana que, como ya acotamos, no puede permitir que el hombre sea tratado nunca como una cosa y por ello debe ser terminantemente prohibido que el hombre se encuentre a disposición de los demás.

- a) Por prohibir de manera general cualquier forma de investigación o experimentación no terapéutica⁶⁴⁴, reconociendo en el embrión no anidado individualidad humana desde la misma fecundación o concepción⁶⁴⁵,o;
- b) Por disponer relativamente del embrión no anidado permitiendo la investigación y experimentación antes de los catorce días⁶⁴⁶.

3.5. La Ley en España.

3.5.1.Cuerpo normativo sobre la experimentación en preembriones, embriones y fetos humanos.

El cuerpo normativo español sobre la experimentación en preembriones, embriones y fetos humanos, fue elaborado indudablemente en base al ya antes referido "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y de la Inseminación Artificial Humanas del 10 de abril de 1986, mejor conocido como el "Informe Palacios", y que en su momento fue el órgano encargado de recoger el contenido de las recomendaciones que en el seno de la Comunidad Europea se venían desarrollando y de realizar, a partir de esas experiencias así como las del mismo ámbito nacional, el análisis **ético y jurídico** en torno a las cuestiones derivadas de las técnicas de reproducción asistida y de ello, entre otras, del embrión humano, su uso, su instrumentalización y su protección.

En efecto, éste Informe se rindió en tres partes: La primera se encuentra integrada por cuatro capítulos que abarcaron los siguiente tópicos; Capítulo I: El embarazo normal, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y otras técnicas; Capítulo II: El proceso biológico. Factores genéticos y ambientales; Capítulo III: La familia. Maternidad y paternidad y filiación, y; Capítulo IV: La esterilidad humana.

⁶⁴⁴ Como es el caso de la legislación Alemana o Noruega, como se observa, en el caso de ésta última, en el artículo 3.1 de la "Ley Nº 56 de 5 de agosto de 1994 Sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina" y que expresamente disponen: Art 3.1 Prohibición de la investigación sobre óvulos fecundados. Se prohíbe la investigación sobre óvulos fecundados.

⁶⁴⁵El Derecho Alemán define al embrión humano como la célula del huevo humano fertilizado capaz de desarrollarse desde el momento de la fusión del pronúcleo.

⁶⁴⁶ Por ejemplo, Suecia: Artículo 2º Ley Nº 115 de 14 de marzo de 1991 "Relativa a las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones": Todo experimento con fines de investigación o tratamiento realizado sobre embriones deberá efectuarse durante un plazo máximo de 14 días a partir de la fecundación. La experimentación no podrá tener como finalidad el desarrollo de métodos que generen modificaciones genéticas hereditarias. Al termino del plazo contemplado en el párrafo anterior, todo embrión que haya sido objeto de experimentación deberá ser inmediatamente destruido".

La segunda parte a su vez se integró de tres capítulos; Capítulo V: La transformación de los valores sociales y culturales. **Ética y Constitución**; Capítulo VI: Descripción de las Técnicas, y; Capítulo VII: Posibles indicaciones o aplicaciones de estas técnicas.

Finalmente la tercera y última parte contiene las 155 recomendaciones del Informe, y que fueron agrupadas sistemáticamente de la siguiente manera: 16 de "Carácter general"; 19 "Sobre las técnicas de Fecundación Asistida"; 28 Sobre "La donación de gametos y embriones"; 31 "Sobre manipulación con gametos y embriones" de las cuales; doce se referían a la "Crioconservación", y diecinueve a la "Investigación y experimentación"; 5 sobre "Las receptoras de gametos y embriones"; 15 con respecto a la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida y la obligación de los padres; 3 "Sobre la gestación de sustitución"; 4 "Sobre la gestación en la mujer sola"; 11 "Sobre los requisitos de los Centros sanitarios, 18 "Sobre las actuaciones y responsabilidades de los Equipos médicos", y finalmente; 5 acerca de "La Comisión Nacional de Fecundación Asistida".

Ahora bien, por lo que al embrión, su naturaleza y estatuto jurídico se refiere, el Informe realizó varias afirmaciones que por su particular importancia hemos decidido citar textualmente:

Capítulo II: "2.Desde el punto de vista filosófico, biológico, etc, se han planteado **preguntas** y ofrecido opiniones sobre la definición de **la vida humana, cuándo comienza**, qué consideraciones merecen el cigoto, el embrión o el blastocisto, así como **interrogantes sobre si el óvulo fecundado ya es vida humana**, si tiene humanidad o no la tiene, y si es así, en que momentos acaece. Así **unos afirman** que el cigoto (culminada la **fecundación** en las trompas de falopio), es ya un **ser humano** porque al tener un programa genético representa vida humana. Para **otros es el momento de la implantación o anidación** en lo mucosa uterina de la mujer.....para otros, y no se acaban las teorías,En cualquier caso, se coincide en que lo que caracteriza el proceso biológico del desarrollo humano es su continuidad, aunque pueden emerger en él propiedades nuevas de forma instantánea y espontánea".

"En algunos países se establece que el embarazo comienza a los 14 días de la fecundación (hasta entonces algunos denominan a esta fase transicional como de preembrión) y ésta es también - según verificamos en algunos informes y recomendaciones conocidos, la fecha tope establecida para la manipulación de los embriones en condiciones reguladas"⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. Ob cit, pág. 35 y 36.

"3. La comisión consideró si la fecundación in vitro, la congelación de embriones y la transferencia embrionaria pueden comportar un inevitable sacrificio de seres humanos individuales, por pérdida de embriones (aunque algunos, en aras de la bondad de las técnicas relegarían este supuesto a un segundo plano), y si por lo tanto debiera prohibirse, valorando además que según estudios fiables la tasa de supervivencia embrionaria in vivo durante un embarazo normal es de un 20 % aproximadamente, es decir, igual a la que se admite para la FIV, con lo que la tasa de pérdida embrionaria intrauterina espontánea se acerca en condiciones naturales al 80%"

"Esta importante cuestión nos lleva a considerar la ecuación vida humana (cuándo ésta se estime producida) - ser humano individualizado, pues de ella se va a poder intentar interpretar la licitud o no de estas manipulaciones de manera más aproximada. Al respecto parece admitido - aunque no siempre compartido - que la individualización viene dada por dos propiedades ; unicidad (ser único e irreplicable) y la unidad (ser uno solo). Y que sin embargo la unidad puede estar contradicha biológicamente en los seres humanos (los fenómenos llamados quimeras, que según el momento de su aparición pueden ser cigóticas o postcigóticas) y la unicidad como ya quedó dicho puede estarlo con los gemelos monocigóticos. Ambas situaciones, el gemelismo monocigótico y las quimeras contradicen la necesaria unidad y unicidad, y por lo tanto la herencia genética, que son exigencia para poder afirmar sin fisuras la individualidad del ser humano. Pero, por así decirlo ¿cuanto tiempo persiste esta incertidumbre genética? La respuesta parece encontrarse en el hecho de que un embrión ya no puede dejar de ser lo que es a partir del 14 día de la fecundación, cuando aparece el primer tejido nervioso con la cresta neural y coincidiendo con el final de la implantación. De ahí que no resulte infundado admitir que durante esos 14 primeros de desarrollo - fase preanidatoria o preimplantatoria - el embrión no esté individualizado, pues según expresión de un biólogo "no sabemos si será uno de dos o dos de uno".....

"..... y las incógnitas aún persisten ante lo cual los miembros de la Comisión Especial se inclinan por las evidencias biológicas demostrables, considerando por ello que, de forma reglamentada, puede autorizarse la manipulación positiva de los embriones en sus primeros catorce días de vida"⁶⁴⁸.

Como corolario a lo anterior, el Informe afirmó dentro del Capítulo V, en el inciso número 4, referido exclusivamente a los gametos y a los embriones:

"Los embriones plantean cuestiones de mayor complejidad y dificultades interpretativas, en tanto que constituyen el estadio más primitivo de los inicios de la vida humana. Al tratar el proceso biológico humano, el desarrollo se hizo

⁶⁴⁸ Ibídem, pág. 37.

referencia en el Capítulo II a las diferentes posiciones valorativas del embrión..... En el intermedio, una posición bastante asumida, aunque lo sea con reparos en ocasiones, es la de considerar que en la fase de preembrión, es decir, hasta el día catorce que sigue a la fecundación, el embrión se desarrolla en cierta incertidumbre genética - no hay ser humano individualizado -, lo que permitiría considerar este período de la vida embrionaria a efectos de manipulaciones reguladas y condicionadas. Dicho de otro modo, en esta fase el preembrión no se presentaría como objeto de protección en cuanto a ser humano al no poder garantizarse que ya sea individualizado”

“No obstante, nadie ha dudado en que, - a la vista de estas valoraciones, del espíritu constitucional y de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, haya de reconocerse y aceptarse lo que, a nuestro entender muy correctamente, se ha denominado “**peculiar status biológico y jurídico del embrión**”. Pero, ¿cómo debemos interpretar esta peculiaridad del embrión? La comisión considera que parecería un tanto forzado y en alguna forma conclusión excesiva el extender al embrión una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio, sobre manera en esta fase primera de los catorce días a partir de la fecundación. El embrión, al menos durante ese periodo que referimos, no es persona ni se le tiene como tal, posición que podríamos considerar como la más coherente con los textos constitucionales y con los artículos 29 y 30 del Código civil. Ahora bien, tampoco se puede considerar al embrión como una cosa en sentido técnico, por lo que compartimos el criterio de otros informes foráneos sobre una negativa radical a que se admita una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. **El embrión** no puede ser algo susceptible de apropiación ni de libre circulación, y debe protegerse su vida - potencialmente humana. (?) susceptible de seguir desarrollándose y de llegar a ser una persona humana - **como bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en base a sus posibilidades de desarrollo**”⁶⁴⁹.

A partir de ello se configuró el marco legal integrado por las dos leyes referidas en las paginas anteriores, que pueden resumirse con la idea de la licitud genérica de la experimentación e investigación pero sometida a límites⁶⁵⁰.

Estas leyes son; la 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, y cuya

⁶⁴⁹ Ibídem, pág. 68 y 69.

⁶⁵⁰ De esta opinión; CUERDA RIEZU, ANTONIO: “Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de código penal de 1992”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, pág. 222.

interrelación es indudable⁶⁵¹. Si la donación y utilización de embriones y fetos humanos, sus células u órganos tiene como finalidad la reproducción humana asistida, no cabe duda que en la mayoría de las situaciones no pueden hacerse de otra manera que con las técnicas que autoriza la Ley 35/1988⁶⁵².

Inclusive, como muestra de su interrelación, el penúltimo párrafo de la exposición de motivos de la Ley 42/1988 hace un reenvío y referencia directa a la Ley 35/1988, indicando que para evitar reiteraciones no se hace referencia a la donación y utilización de los óvulos fecundados in vitro o embriones preimplantatorios, puesto que ello se contiene ya en la mencionada Ley 35/1988.

La Ley 35/1988 habla de las técnicas de reproducción asistida así como de la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, y la 42/1988 habla de fines diagnósticos, industriales, terapéuticos y de investigación⁶⁵³, conteniéndose además una distinción de gran relevancia entre preembrión, embrión y feto y que viene a significar que el legislador ha declarado que la vida en formación debe diferenciarse embriológicamente - lo cual tiene repercusiones en su valoración y estatuto jurídico - y que explica o justifica el porque de un tratamiento diferente a través de leyes separadas⁶⁵⁴.

3.5.1.1. La Ley 35/1988.

Si bien ésta Ley hace alusión principalmente al embrión no anidado (preimplantatorio), establece como principio general (límite) que toda intervención sobre el "preembrión" in vitro, o sobre el feto, en el útero o fuera de él, no es legítima si no tiene por objeto el buen estado de salud del nasciturus⁶⁵⁵ y el favorecimiento de su desarrollo:

⁶⁵¹ Para GONZÁLEZ MORÁN, LUIS: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996, (Parte I)", Revista de Derecho y Genoma Humano, Núm. 8, enero - junio de 1998, ésta Ley 42/1988 "recoge el testigo normativo de dos precedentes legislativos; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y transplante de órganos, y de la , destacando que en virtud de que la primera no contempla la posibilidad de realizar la donación de células, tejidos u órganos de embriones o de fetos humanos, existía un vacío legal que la Ley 42/1988 vino a colmar y, por ende, la considera una prolongación de la Ley 30/1979.

⁶⁵² Así, BARREDA GARCÍA: "Las novísimas leyes de reproducción asistida y donación de embriones y fetos humanos", ob cit, pág. 194.

⁶⁵³ Artículo 1º Ley 42/1988.

⁶⁵⁴ Así; CORRAL TALCIANI: "La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines", ob cit, pág. 195 y ss.

⁶⁵⁵ TRIAS ROCA entiende que el término "buen estado" es utilizado en la Ley como sinónimo de la dignidad humana. Cfr: "The perplexities of Law", ob cit, pág. 138 y 139.

Art 12: Toda intervención sobre el **preembrión, vivo, in vitro**, con fines diagnósticos⁶⁵⁶, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o desaconsejar su transferencia para procrear.

Art 13.1: Toda intervención sobre el **preembrión vivo, in vitro**, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

Art 15: La investigación o experimentación en **preembriones vivos** sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

1.b) Que no se desarrollen in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontado el tiempo que pudieron estar crioconservados.

Art 16.2 LTRA: Se prohíbe la experimentación con **preembriones vivos**, obtenidos in vitro, **viabiles o no**, en tanto no se compruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines. Si en determinados protocolos experimentales se demuestra que el modelo animal no es válido, se podrá utilizar la experimentación en preembriones humanos no viables por la autoridades competentes o por la comisión Nacional multidisciplinar, si así se delega:

Art 16.3: Cualquier proyecto de experimentación en **preembriones no viables in vitro** deberá estar debidamente documentado.....

Art 17.1: Los **preembriones abortados serán considerados muertos o no viables**, en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.

Es decir, es indudable que la LTRA permite y al mismo tiempo restringe y prohíbe la investigación y experimentación sobre el embrión no anidado in vitro (preembrión). ¿Y como lo hace? Pues introduciendo cuatro criterios que determinarán la prohibición o permisibilidad, refiriéndose expresamente a **preembriones vivos, muertos viables y no viables**⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ NYS, HERMAN: "Investigación con embriones", Biotecnología y Derecho, 1997, pág. 237, entiende como "fines diagnósticos" la investigación embrionaria terapéutica realizada sobre un embrión para mejorar sus posibilidades de ser implantado con éxito y desarrollarse sano. La falta de fines de diagnóstico o la investigación no terapéutica, la entiende como aquella que, por el otro lado, no pretende promover las oportunidades de desarrollo de un cigoto concreto, pues ya que han sido sometidos a investigación no terapéutica son eliminados y no implantados

⁶⁵⁷ Incluso y más claro aún, los artículos 20.2.B).c y .d sanciona a quien **mantenga vivos a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, y el mantener vivos a los preembriones** con el objeto de obtener de ellos muestras utilizables.

En otras palabras, si la LTRA se refiere al preembrión vivo, muerto, viable o no viable, es porque necesariamente el legislador ordinario está partiendo, reconociendo y afirmando que el preembrión humano es un ser vivo, o lo que es igual, que biológicamente la vida humana comienza con la fecundación y, según las propias limitaciones contenidas en ese mismo cuerpo normativo a la experimentación e investigación, de que su protección (muy relativa) también comienza a partir de ese momento⁶⁵⁸.

3.5.1.2. La Ley 42/1988.

La segunda Ley por su parte, determina su ámbito de aplicación a través de la disposición final primera que señala:

“La donación y utilización de gametos humanos y la de los óvulos fecundados y en desarrollo in vitro o in vivo, hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley sobre Técnicas de reproducción asistida, y las disposiciones que las desarrollen”. Por lo tanto: “en esta Ley se regulan la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa y vital con la mujer gestante”.

Así, dedica en los Capítulos II (artículos 3 y 4º) y III, respectivamente, a las actuaciones con embriones y fetos, y a la investigación, experimentación y tecnología genética (Capítulo III), distinguiendo a efecto de estos fines entre:

- **Embriones y fetos vivos en el útero**, autorizando las actuaciones, incluso extracciones de células o tejidos, cuando se busque o se persiga una finalidad de diagnóstico o de carácter terapéutico que acarree o redunde en su propio beneficio. Es decir, se autoriza la investigación, experimentación y aplicación de tecnologías con fines preventivos, curativos y de diagnóstico cuando los fines no puedan cumplirse de otro modo.

- **En el exterior del útero**. Distinguiendo entre embriones y fetos viables y no viables, estableciendo como viables a aquellos que, expulsados prematura y espontáneamente, únicamente pueden ser manipulados para favorecer su desarrollo u

⁶⁵⁸ Lo que no significa para VALLE MUÑIZ, y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, que la tutele al preembrión en si mismo considerado, sino que la relevancia jurídica (prohibición o limitación) de determinadas conductas que inciden en él se basa en la protección de otros intereses que lo trascienden. Cfr; VALLE MUÑIZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: “Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal”, ob cit, pág. 113.

autonomía vital⁶⁵⁹, y; no viables, es decir que no tienen la posibilidad de continuar con su desarrollo vital, incluyendo entre ellos a los embriones vivos abortados y sobre los que excepcionalmente la Ley estipula que se pueden autorizar experimentos e intervenciones, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de los progenitores⁶⁶⁰.

- **Embriones y fetos muertos:** Sobre ellos se autoriza la obtención y utilización de sus estructuras biológicas con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación.

Es decir, de ambas leyes puede observarse que la diferencia esencial radica en que en la primera (35/1988) el punto de partida es **la vida del embrión no anidado**, mientras que en la segunda (42/1988) **el embrión (anidado) o feto** no está vivo, o estándolo, no es viable, lo que justifica, normativamente, en ambas leyes, el tipo de intervención o experimentación referido⁶⁶¹.

En otras palabras, en los términos de ambas leyes, necesariamente hay que distinguir entre toda aquella investigación de la cual se espere un resultado beneficioso para el preembrión, embrión o feto, considerándolo como un experimento curativo, y de entre toda aquella investigación que excluye el tal beneficio sobre el cual se actúa, debido a que no se pretende su terapia sino una investigación general que, en el mejor de los casos, podrá beneficiar a otros seres humanos⁶⁶².

⁶⁵⁹ Artículo 5.4 de la Ley 42/1988

⁶⁶⁰ El artículo 5.3 de la Ley 42/1988, señala lo que considera como embrión no viable; "los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de la ley.

⁶⁶¹ Llama poderosamente la atención el hecho de que, siendo la distinción entre viabilidad y no viabilidad una pieza fundamental en ambas leyes, (principalmente en la segunda) éstas no definan el criterio legal, normativo, de lo que debe entenderse por una y otra cosa. Y más aún, cuando la STC 212/1996 se ocupó de señalar por su cuenta que la definición de viable aplicado al embrión o feto "hace referencia a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona", ni ésta ni las Leyes proporcionan los criterios para determinar la viabilidad, es decir, para saber con seguridad (jurídica) cuándo un preembrión, embrión o feto podrá ser objeto de investigación, experimentación, tratamiento o donación.

⁶⁶² NYS HERMAN se manifiesta en contra de la distinción entre investigación embrionaria terapéutica y no terapéutica por considerar que esa distinción no puede servir de base para regular la investigación con embriones humanos, en virtud de que la única manera de desarrollar la investigación embrionaria terapéutica es permitir también una cierta investigación no terapéutica. Ver; NYS, HERMAN: "Investigaciones con embriones", ob cit, pág. 238 y 239.

Por lo tanto, la existencia de la vida y la viabilidad determina la aplicación de una regulación determinada⁶⁶³, la no existencia de vida y la falta de viabilidad permitirán experimentaciones⁶⁶⁴.

Formulado eso mismo en términos de ESER, si la experimentación implica la muerte del embrión, ésta se justificará sólo si de cualquier manera la muerte del embrión es del todo inevitable⁶⁶⁵. Consecuentemente, para este autor las investigaciones sobre el embrión que excedan la mera observación de su desarrollo y/o puedan implicar riesgos, podrían admitirse en el caso de que sirvan para reconocer, impedir o curar una enfermedad en el embrión en cuestión; o bien se trate de un embrión no viable (no apto para ser objeto de un embarazo) y que por tanto no seguiría con vida de todas formas⁶⁶⁶.

Y sin duda que esto reviste especial importancia, pues sí la viabilidad o la no viabilidad son los requisitos o límites para actuar sobre un preembrión, **embrión o feto vivo** (los dos últimos ya protegidos incuestionablemente en cuanto vida humana por el artículo 15 CE), pues de ello depende la posibilidad de donar, manipular y hasta extraer órganos de un ser humano vivo, puede entonces suponerse que la razón misma de la protección o límite en la experimentación o intervención se encuentra en su viabilidad y no en la vida incorporada en el preembrión en sí mismo, lo que en principio parece contrario, y subrayo parece, no sólo al principio al que nos referimos líneas anteriores cuando concluimos que la protección del preembrión, embrión, feto o persona, inclusive, está dada como consecuencia de la pertenencia a la especie *homo sapiens*, y que sólo puede estar basada en aquella dignidad mínima de la que todo ser humano es titular indiscutible, sino al mismo orden constitucional.

⁶⁶³ TRIAS ROCA: "The perplexities of Law, ob cit, pág. 141.

⁶⁶⁴ Artículo 13.2 LTRA: "*Toda intervención sobre el embrión o sobre el feto en el útero vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicia su bienestar y favorezca su desarrollo*".

⁶⁶⁵ Posición que me parece peligrosa por lo que me manifiesto en desacuerdo. Si esto lo aceptáramos podríamos dar paso a legitimar la experimentación no terapéutica en seres humanos que se encuentren en fase terminal, pues, "de cualquier manera la muerte es del todo inevitable". En similar sentido MANTOVANI sostiene que con la introducción de "indicadores de humanidad" se establece no solo la disponibilidad de los concebidos sino también de otras categorías de sujetos ya nacidos, creándose la base para legitimar la eutanasia colectiva de esos sujetos. Véase; MANTOVANI FERRANDO: "Uso de gametos, embriones y fetos en la investigación genética y con propósitos cosméticos e industriales", ob cit, pág. 254.

⁶⁶⁶ ESER, ALBIN: "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", ob cit, pág. 288-299.

Enunciado en otros términos, si la Ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, posibilita autorizar que embriones (con mas de catorce días) o fetos vivos, al no considerarles viables, sean utilizados para fines de experimentación sin finalidad terapéutica, ello significa que cabe la posibilidad de considerar que la actitud del Ordenamiento legal español no sólo no respeta el principio de dignidad humana que, insistimos, les es inherente por su pertenencia a la especie, y que implica una instrumentalización de los embriones o fetos humanos al ser estos utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo, sino que tampoco respeta la protección constitucionalmente exigible de la vida humana como bien jurídico que, sin lugar a la duda, la STC 53/1985 reconoció en el nasciturus.

Es decir, mientras el embrión o feto están vivos, la permisibilidad de las actuaciones sin finalidad terapéutica *parecería* que violenta el mandato constitucional de protección efectiva de la vida humana que la STC 53/1985 reconoció⁶⁶⁷, y el derecho a la dignidad humana (que las propias leyes aludidas señalan en sus preámbulos correspondientes) que implica no ser nunca un medio para un fin ajeno a sí mismo⁶⁶⁸, pues, admitir la posibilidad de investigar en seres vivos (sin finalidad terapéutica) supone aplicarles un estatuto de cosas, lo que es tanto como tratarlos como medios para alcanzar fines que le son ajenos⁶⁶⁹.

Es por ello que VILA CORO BARRANCHINA no duda en llamar a esta situación una “falacia legislativa” que induce al error, al manipular el lenguaje y utilizar eufemismos para ocultar actuaciones inadmisibles, ya que el preámbulo o parte introductoria de las Leyes 35 y 42/1988 así como las recomendaciones del Consejo de Europa⁶⁷⁰, que

⁶⁶⁷ En contra VIDAL MARTÍNEZ: “La regulación de la reproducción humana en el Derecho español, ob cit, pág. 86 y 87, considera que si bien el embrión in vivo o in vitro participan de la dignidad del ser humano, no obsta para que se afirme que no siempre será posible dispensarle o garantizarle el bien de la vida, por cuanto esta depende de su implantación en el útero materno. En tales circunstancias, es de la opinión de que es posible que se imponga el criterio de permitir la utilización para fines de experimentación por cuanto se trata de embriones humanos que no tienen expectativa de personalidad.

⁶⁶⁸ Argumento utilizado en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 42/1988, mismo que como veremos fue desestimado por la STC de 19 de diciembre de 1996, por considerar que los embriones y fetos humanos no viables no cabe reconocerles que su vida es un bien jurídicamente protegido ya que nunca van a nacer.

⁶⁶⁹ Cfr; APARISI MIRALLES: *El proyecto genoma humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*, ob cit, pág. 57.

⁶⁷⁰ Para esta autora, las Recomendaciones 1046 y 1100, adoptadas por el Consejo de Europa el 24 de septiembre de 1986 y el 2 de febrero de 1989, respectivamente, y que constituyen antecedentes inmediatos de las Leyes 35 y 42/88, son una verdadera contradicción (falacia) pues ambas, apesar de reconocer que la vida es humana desde la fecundación y que el embrión y feto

proponen un “deber ser” en consonancia con el respeto a la dignidad humana de la persona y a los derechos que le son inherentes, de acuerdo con las Declaraciones de Derechos Humanos, se contradice en el texto articulado, de manera que el deber ser del preámbulo no se corresponde con el deber ser del mandato.

En tal virtud, le parece indiscutible que en el conflicto de valores se antepone la investigación a la vida humana, y se antepone la viabilidad al derecho a la vida, degradándose al ser humano al estatuto de cosa, de objeto al servicio de intereses científicos y económicos, “procediendo, para lograr la degradación de lo humano de manera paulatina, a adoptar el término preembrión....., el cual, según la opinión de genetistas y embriólogos, no tiene fundamento científico, sino una entelequia, un cambio de palabras para justificar un cambio de actitudes”⁶⁷¹.

3.5.1.3. La STC 212/1996 de 26 de diciembre.

En relación a esto último, determinante y muy ilustrativa resulta analizar la STC 212/1996 de 19 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad Nº 596/89 promovido contra la Ley 42/1988, y que precisamente, en lo que a aquí interesa, resolvió expresamente acerca de la licitud en la experimentación no terapéutica sobre embriones o fetos vivos considerados no viables, por considerar que ello no viola la protección constitucional de la vida reconocida por el TC en la ya comentada sentencia 53/1985.

Dicho recurso planteó en grandes términos, a lo que aquí interesa, que la Ley 42/1988 quebranta la protección constitucionalmente exigible de la vida humana por no respetar el contenido esencial del derecho al que hace referencia el artículo 15 CE, al posibilitar autorizar actuaciones sobre embriones o fetos cuando aún estén vivos y con fines no terapéuticos, “lo que puede conducir a su muerte, no respetando, por tanto, el

humano deben beneficiarse en todas las circunstancias del debido respeto a la dignidad humana, permiten la investigación científica en embriones vivos (no viables) y en fetos, también vivos pero no viables.

⁶⁷¹ VILA CORO BARRACHINA: “Falacia Legislativa”, ob cit, pág. 294-297. De la misma opinión; BUSTOS PUECHE: “El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas” ob cit, pág. 924, quien considera que **ello es legislar contra la realidad**, y que al tratar de justificar determinado tratamiento legal con apoyo en un mero nominalismo, lo que se está haciendo es actuar de espaldas a la naturaleza de las cosas. En sentido similar, LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: “Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 11, julio - diciembre 1999, pág. 151, se opone y no acepta el término preembrión al que califica, junto con el de “óvulos fecundados”, “cigoto”, “embrión de una célula” o “terminación de la fecundación”, de eufemismos con los cuales se ha querido ocultar la realidad biológica.

tratamiento jurídico a que constitucionalmente es acreedora la vida humana”⁶⁷², entendiendo por tanto que, el derecho a la vida y dignidad no se respeta en la Ley 42/1988, lo cual supone una deshumanización por la vía legislativa de los embriones y fetos humanos en los casos que la Ley prevé, a fin de que puedan ser utilizados para fines ajenos a su propio desarrollo o a su propia terapia⁶⁷³.

En pocas palabras, se consideró que la Ley es inconstitucional en cuanto que desconoce la relevancia del hecho de que mientras los embriones o fetos estén vivos, sean o no viables, son merecedores de la protección a la que se refería la STC 53/1985.

Frente a ello, el Abogado del Estado sostuvo que no es posible aceptar el argumento acerca de la patrimonialización de la vida humana incompatible con el respeto a la dignidad de la persona, en virtud de que tal razonamiento, desde su perspectiva, parte de un error, pues los materiales embriológicos que la Ley contempla no son seres humanos en desarrollo, sino embriones o fetos clínicamente no viables o que están muertos, por lo que en nada se vulnera el artículo 15 de la CE. Ello significa que el embrión o feto abortado es una célula germinal sin posibilidad de desarrollo ulterior, ya que el aborto, espontáneo o no, supone la desaparición de la vida en formación, por lo que la Ley parte de una situación en la que por definición a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de nascituri, toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión no viables, que nunca van a nacer, en el sentido de llevar una propia vida independiente de la madre.

Sentadas las posiciones, el TC resolvió, considerando que la regulación que en la Ley se contiene de la donación y utilización de embriones y fetos humanos “parte de un presupuesto fundamental, “implícito”, pero no por ello menos constante, cuál es el carácter, cuando menos, no viable de dichos embriones y fetos humanos”, señalando que viable es el adjetivo cuyo significado el diccionario describe como capaz de vivir” y que, efectivamente, el criterio de no viabilidad aplicado a un embrión o feto hace referencia a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona, en el fundamental sentido del artículo 10.1 de la CE, y que por tanto, la Ley parte de una situación en la que por definición, a los embriones y fetos humanos no

⁶⁷² Parte de las alegaciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad 596/89, extraído del capítulo de Antecedentes de la STC 212/96 de 19 de diciembre. BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997.

⁶⁷³ El recurso también alegó que al no definir la Ley con claridad que es lo que se debe entender por embrión y feto, vulnera el principio de seguridad jurídica; ello en virtud de que si la distinción entre embriones y fetos tiene efectos pragmáticos a propósito de su distinta protección, permitiendo su investigación y experimentación, el no establecimiento de cuándo debe entenderse que se produce el paso del embrión al feto produce una evidente indefensión jurídica.

cabe otorgarles el carácter de nascituri ante la imposibilidad de nacer y de llevar una propia vida independiente de la madre⁶⁷⁴.

En consecuencia, afirma la sentencia; “lleva razón el Abogado del Estado cuando advierte que el embrión abortado no es sino una estructura celular sin posibilidad de ulterior desarrollo. No hay, por tanto, en este precepto contradicción con la protección que la Constitución exige para la vida del nasciturus, puesto que de tal no se trata”⁶⁷⁵.

No obstante, indudablemente que la posición del TC es polémica y discutible, y utilizando los argumentos esgrimidos en el voto particular del magistrado JOSÉ GAVALDÓN LÓPEZ, debe apuntarse que no puede desconocerse el hecho de que, al tratarse de embriones y fetos *ya implantados en el útero*, las operaciones permitidas o prohibidas por la Ley tienen por objeto aquella realidad considerada vida humana, de manera tal que ésta ha de ser protegida en los términos de la STC 53/1985.

Ello quiere decir, que si la Ley impugnada se refiriera sólo o siempre a embriones o fetos muertos, indudablemente que no podría criticársele dada su empatía con la sentencia antes mencionada. Empero, dice el magistrado, lo cierto es que la Ley no se refiere siempre a embriones o fetos muertos, sino que en lugar de realizar una clara distinción entre embriones y fetos vivos frente a embriones y fetos muertos, estableció una antítesis entre embriones y fetos vivos frente a viables o no viables.

Dicho en otras palabras, “si ha de protegerse la vida, el único término de exclusión será el de que se trate de organismos en que ya no hay vida. Mientras la haya, es decir, mientras no pueda decirse que falta y por consiguiente que están muertos, los embriones y fetos no viables tienen vida, incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo”⁶⁷⁶, por lo que la obligación a la que se refería la STC 53/1985 acerca de la protección que para el Estado implica abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación “no se cumple en una Ley que, lejos de distinguir nítidamente la situación en que los fetos o embriones están vivos de aquella otra en que ya no lo están, introduce un término equívoco e indeterminado -

⁶⁷⁴ Esto último no puede pasar desapercibido pues, según observamos, la sentencia que ahora destacamos, incorpora algo que en la STC 53/1985 ni siquiera se contempló, es decir, justifica la experimentación no terapéutica (instrumentalización) del embrión y feto vivo pero no viable a través de un argumento o premisa inexistente en dicha sentencia, y que, se reitera, consiste en que ahora, cuando el TC decidió proteger al nasciturus, lo hizo en la medida de su viabilidad.

⁶⁷⁵ Fundamento jurídico Nº 6, STC 212/96.

⁶⁷⁶ Fundamento 4º del Voto Particular a la STC 212/96.

viabilidad o inviabilidad⁶⁷⁷ - cuya aplicación necesariamente va a diferenciar los embriones o fetos vivos de aquellos que, mediante una ulterior interpretación normativa o bien mediante una apreciación clínica o científica, se consideren no viables con la consecuencia de que éstos, pese a estar vivos, ya no estarán protegidos y tendrán la misma consideración de objeto aplicable a cualesquiera tejidos de un ser humano después de muerto⁶⁷⁸.

De esta manera, no se justifica a través de una argumentación que distingue lo viable como capaz de vivir de lo no viable como incapaz de desarrollarse hasta dar lugar a una persona, porque ser humano es ya mientras no haya muerto.

“Aquella argumentación se opone, pues, a la lógica, porque el embrión que pueda calificarse como no viable es porque todavía está vivo”⁶⁷⁹. Por ende, concluye el voto particular, al estar vivo, debe ser protegido de manera tal que cualquier precepto legal que permita una interpretación y aplicación contraria que se aparte de la doctrina del TC (se refiere a la STC 53/1985) vulnera el artículo 15 de la CE⁶⁸⁰.

De lo expuesto, podemos concluir que en términos generales, en España el legislador ha adoptado el consenso común relativo a la investigación y experimentación sobre el óvulo fecundado, cuya serie de principios y normas podemos sintetizar señalando que:

- a) Cualquier acción sobre el producto vivo y viable de la fecundación tiene que hacerse en su propio interés individual, por ello, las investigaciones y experimentaciones tienen un carácter excepcional, pues en principio el embrión

⁶⁷⁷ Términos cuya introducción, para GONZÁLEZ MORÁN: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/96 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II), causa perplejidad pues si bien la STC 53/1985 interpreta el artículo 15 CE sin hacer alusión alguna a la viabilidad como condición de vida humana y de protección, la STC 212/96 reinterpreta el artículo 15CE estableciendo el núcleo de la defensa de la constitucionalidad de la Ley en la distinción entre viabilidad y no viabilidad **creando con ello una figura nueva no recogida ni en el texto ni siquiera en el espíritu de la STC 53/1985**. Ello, es decir, la inclusión de ese criterio con el cual se concede a los preembriones no viables el mismo valor que si estuvieran muertos, para BELLVER CAPELLA no encuentra ningún fundamento sino que bien se puede decir que se trata de una “inclusión “arbitraria” por parte del TC. Cfr. “El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”, ob cit, pág. 132.

⁶⁷⁸ Fundamento 5º del Voto Particular a la STC 212/96.

⁶⁷⁹ Fundamento 6º del Voto Particular a la STC 212/96.

⁶⁸⁰ Por lo que en su opinión debiera proceder declarar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados o cuando menos la anulación de la vinculación que establecen a la idea de viabilidad y no viabilidad.

no anidado, anidado o el feto sólo pueden ser objeto de investigación, (su propio beneficio) pero no de experimentación, y;

- b) La investigación y/o experimentación (ya sin beneficio para el preembrión, embrión o feto en sí mismo) sólo puede tener lugar sobre preembriones (in vitro), embriones y fetos no viables⁶⁸¹, o muertos⁶⁸².

No obstante, sí de acuerdo con la Ley, sobre el preembrión, embrión o feto viable no es prohibe realizar acción alguna que no sea en su propio y mismo interés y, sí sobre esas realidades humanas, vivas, que no siendo viables se permite investigar y consecuentemente realizar acciones que no le generarán beneficio alguno, entonces es posible afirmar que para el legislador español sólo hay dignidad en donde hay vida posible⁶⁸³, o a contrario sensu, que no hay dignidad en donde habiendo vida, no hay posibilidad de su futuro desarrollo, lo que si bien es cierto es una posición que produce cierto desconcierto “jurídico”, pues la falta de viabilidad de un ser vivo (jurídicamente reconocido como el embrión o feto) no tuvo porque implicar la pérdida de la protección constitucional del derecho a la vida reconocida como bien jurídico protegido en y por el TC en la STC 53/1985 ⁶⁸⁴, podría alcanzar a explicarse si se acepta y reconoce que así

⁶⁸¹ Conclusión que, extraída de la Ley (art 13.2 interpretado en sentido contrario, del art 5.4) y 9.2.e) de la Ley 42/1988 y de la STC 212/96) merece ser destacada, pues independientemente de la crítica que a tales preceptos se realicen, parece que el legislador olvidó que un feto vivo, fuera de útero, sea o no viable, es ya una vida independiente.

⁶⁸² Artículo 2.e) de la Ley 42/1988 que establece como condición para poder llevar a cabo la experimentación en embriones, que estos sean clínicamente no viables o muertos, requisito reiterado por los artículos 6º y 7º de la mencionada Ley 42/1988 en que se estipula que ciertas experimentaciones podrán ser autorizadas sólo bajo los términos de la Ley, esto es, cuando embriones no vivos son utilizados.

⁶⁸³ Afirmación que, contra nuestra perspectiva, es defendida por TRIAS ROCA: “Derechos de reproducción y eugenesia” en *Biología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Bilbao 1998, pág. 125 y ss, para quien “....si partimos de que la dignidad de las personas es la razón que determina la protección, la regulación que contiene la Ley 42/1988 no debería plantear especiales problemas, porque no hay dignidad cuando el embrión está muerto o no es capaz de desarrollarse como persona, porque ni lo es en tanto que aún no ha nacido, ni lo será, porque no puede desarrollarse como tal”. Es decir, para la autora la dignidad humana no puede reconocerse mientras no sea aún persona, mientras que nosotros hemos sostenido que la dignidad humana debe reconocerse en tanto ser humano, independientemente de que sea o no persona.

⁶⁸⁴ Conclusión sostenida por GONZÁLEZ MORÁN cuando destaca que “si es verdad que en un embrión o feto humano vivos sólo puede haber vida humana, existiendo vida humana, existe dignidad y lógicamente obligación del Estado de proteger esa vida o, al menos, de no desprotegerla de hecho, las diversas fórmulas empleadas para explicar esa desprotección de los embriones y fetos humanos vivos no viables son ambiguas, si el límite mínimo, pero inviolable es que exista vida, en aquellos existe, luego debe ser protegida”. GONZÁLEZ MORÁN: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/96 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II)”, ob cit, pág. 12 del texto mecanografiado.

como en el caso de los seres humanos ya nacidos el Derecho tuvo la necesidad de determinar el momento jurídico - normativo - a partir del cual la vida ha cesado, interviniendo sobre ese organismo sin una finalidad terapéutica y sin considerar por ello que se contraviene o lesiona su derecho a la vida, también en el caso del ser humano no nacido el Derecho requiere establecer a través del criterio de viabilidad, un criterio de muerte análogo al jurídicamente reconocido en el ya nacido que permita su utilización sin instrumentalización.

Por lo tanto, es cierto que estrictamente hablando hubiese sido más congruente a fin de no contravenir el mandato constitucional derivado de la STC 53/1985 y algunos de los principios a los que nos hemos referido, que el legislador sólo autorizara, excepcionalmente, la experimentación e intervención sobre embriones o fetos muertos⁶⁸⁵, absteniéndose de autorizar la intervención sobre el embrión o feto que, no siendo viable, aún debe ser considerado un ser humano vivo⁶⁸⁶.

Empero, si no se desconoce que desde hace mucho tiempo el Derecho ya ha reconocido la licitud o posibilidad de intervenir sin perseguir una finalidad terapéutica en una persona viva clínicamente muerta que indudablemente es titular del derecho a la vida, tampoco puede desestimarse la posibilidad de que la norma establezca parámetros similares por medio de los cuales se faculte la intervención sobre el ser humano no nacido, vivo pero "clínicamente muerto" - no viable - sin considerar por ello que ha sido desmerecido de la protección derivada del artículo 15 CE y de la correspondiente a su naturaleza y condición humana.

Contemplado todo lo anterior, ¿es posible finalmente determinar el estatuto jurídico del embrión humano no anidado, del embrión y del feto sobre el cual se podrían proyectar prácticamente la totalidad de las técnicas derivadas del desarrollo dentro del campo de la ingeniería genética y reproductiva, desentrañando así cuáles son los intereses y bienes jurídicos que se tutelan a través de la prohibición de ciertas y determinadas actividades sobre dichas realidades humanas?

En realidad, en relación al embrión anidado y al feto la respuesta es menos compleja; ambos son incuestionablemente un bien jurídico protegido bajo el cobijo del

⁶⁸⁵ En contra; BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", La Ley, 1992, pág. 930.

⁶⁸⁶ La Ley alemana sobre protección de los embriones es desde la perspectiva expuesta, ya antes lo dijimos, (independientemente de la efectiva crítica a la técnica utilizada que creó una especie de "minicódigo penal") más acorde y menos contradictoria, pues prohíbe por completo la investigación con embriones, sin mencionar o distinguir entre preembrión y embrión. Cfr; GEORG KOCH, HANS: "El control de la natalidad y el Derecho penal", Eguzkilore, Número Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre 1992, pág. 123 y ss.

artículo 15 CE - vida humana - y consecuentemente, su protección jurídica parte en función de ello⁶⁸⁷.

Sin embargo, en cuanto al embrión no anidado, específicamente el extracorpóreo, alcanzar a definir o determinar su inclusión o no como bien jurídico protegido y la razón de su protección, no ha sido ni es aún una tarea fácil y no exageramos cuando afirmamos que en realidad sólo es posible afirmar en sentido unívoco que el preembrión humano tampoco es, obviamente, titular del derecho fundamental a la vida reconocido por el artículo 15 de la CE, pues hemos sido testigos de las distintas y muy variadas opiniones que, desde el plano científico biológico hasta el jurídico se encuentran en disputa, y del intencional silencio y falta de pronunciamiento por parte del legislador español.

Empero, hay que reconocer; éste silencio y falta de compromiso no es exclusivo del legislador español sino que, incluso, resulta muy ilustrativo resaltar que casi doce años después de que en España el TC afirmará con suma ambigüedad que el inicio de la vida humana comienza con la gestación, el *Informe del Grupo Europeo sobre Ética en la Ciencia y en las nuevas Tecnologías (EGE)*, elaborado como consecuencia a una enmienda que fue presentada al Parlamento Europeo que proponía, entre otras cosas, la prohibición de dirigir ninguna investigación cuyo resultado sea la destrucción de embriones humanos, **concluyó que en torno a la definición de embrión, no se ha logrado una definición consensuada ni científica ni legal de cuándo comienza la vida humana**⁶⁸⁸.

Consecuentemente, no es de extrañarse que esa muestra de falta de consenso siga siendo evidente dentro del contexto normativo y dogmático español cuando, por un lado, puede observarse como para el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas⁶⁸⁹ **no era posible considerar individualizado al embrión humano hasta en tanto la anidación no tenga lugar**, adoptando precisamente ese criterio como el momento determinante de la aparición del individuo humano - vida humana - **y su correlativa protección en cuanto ser humano**,

⁶⁸⁷ Ello lo afirmamos así a pesar de las excepciones señaladas en torno a la permisibilidad de la investigación y experimentación sin finalidad terapéutica sobre ellos estando vivos pero no viables pues, insistimos, entendemos posible que así como la falta de actividad eléctrico cerebral es sinónimo de muerte en una persona, análogamente, para el TC la falta de viabilidad es sinónimo de muerte en un preembrión, embrión o feto.

⁶⁸⁸ Es pues, más que evidente que la cuestión sobre la determinación biológica del inicio de la vida humana, como hemos apuntado incansablemente, sigue siendo la piedra angular para la admisión o no de la investigación y/o experimentación o cualquier otra actividad que involucren esas realidades humanas.

⁶⁸⁹ Concretamente en el ya citado punto 3º del capítulo II del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, ob cit, pág. 36.

mientras que por el otro lado, a pesar de que el Informe haya refrendado o fundado la legitimidad de las técnicas de reproducción asistida que implicasen la pérdida y destrucción de embriones humanos en la negación de vida humana individualizada del embrión no anidado in vitro, el mismo Informe, tan sólo una líneas más adelante señaló que debe protegerse su vida potencialmente humana, y mientras que las disposiciones relativas al mismo embrión no anidado in vitro en la Ley 35/1988 - fruto y consecuencia directa de éste Informe - sólo se refieren a él como vida humana.

3.5.1.4. La STC 116/1999 de 17 de junio.

Específicamente y en relación con éste particular versó el segundo motivo planteado en el recurso de inconstitucionalidad 376/1989 contra la Ley de técnicas de reproducción asistida al que ya antes no referimos y que fue resuelto diez años después, apenas el pasado 17 de junio de 1999, a través de la STC 116/1999..

En el recurso, expresamente se alegó la vulneración del artículo 15 CE pues se consideró que la falta de una definición concreta y precisa en el texto legal acerca del estatuto jurídico de los embriones supone incumplir el deber constitucionalmente impuesto a los poderes públicos, y en particular al legislador, de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma.....criticando la parte recurrente la completa ausencia de rigor científico en que incurrieron tanto el Informe de la Comisión especial como la exposición de motivos de la Ley, al dar por supuesta la inexistencia de vida humana individualizada hasta el día décimo cuarto posterior a la fecundación - *“para distinguir así entre embriones y preembriones, con criterios constitucionalmente inadmisibles y que contrastan con varias de las máximas sentadas en la STC 53/1985 así como en la jurisprudencia⁶⁹⁰ que considera delito de aborto a los atentados contra el fruto de la concepción⁶⁹¹ de modo que las disposiciones de la Ley que*

⁶⁹⁰ El aborto es definido por la sentencia de 21 de abril de 1951 como la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, llevada a cabo con animo feticida. En sentido similar, la sentencia de 23 de junio de 1952 señala que el aborto es la interrupción y expulsión prematura del proceso gestatorio del fruto de la concepción y la de 16 de junio de 1962 que lo considera como la destrucción maliciosa y provocada del embrión producto de la concepción.

⁶⁹¹ LACADENA CALERO: “Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, ob cit, pág. 147 y ss, se pregunta a propósito de lo señalado en la STC, qué es lo que se puede entender como fruto de la concepción; si al cigoto, al embrión preimplantatorio o el embrión ya implantado, y si se puede o no identificar los términos embarazo y gestación. Y no obstante que se esperaría a la respuesta formulada en dicha publicación una respuesta “genética”, el autor en éste caso no hace sino destacar que para la exposición de motivos de la Ley 35/1988 “el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él empieza la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión”. En otras palabras,

autorizan o imponen la manipulación de embriones o su destrucción son contrarios al CP y en consecuencia nulas de pleno Derecho.....“

Frente a esos argumentos, el abogado del Estado respondió algo que, sin duda, merece ser destacado, (pues evidencia precisamente la falta de consenso que hemos apuntado respecto de lo qué por gestación en los términos de la STC 53/1985 debe entenderse - cuándo comienza la vida humana -), señalando que, **“por cuanto que las conductas que en el artículo 20 se sancionan (de la LTRA) se producen con anterioridad al proceso gestativo, que es el momento temporal que, de conformidad con la STC 53/1985, marca el comienzo de la vida; el legislador democrático no se encuentra para ese momento constitucionalmente obligado a establecer el sistema de protección de la vida humana, incluida su protección penal, a que se refiere la mencionada Sentencia, sino que goza, por el contrario, de un amplio margen de disposición en el ejercicio de su libertad de configuración normativa”**⁶⁹².

En conclusión, dice el Abogado del Estado, la Ley no vulnera el derecho recogido en el artículo 15 CE ni suprime o desplaza el sistema legal de defensa de la vida vigente. “Problema distinto sería que el legislador democrático estuviera constitucionalmente obligado a establecer un sistema, incluso penal, de *protección de los denominados preembriones, que el Abogado del Estado considera células germinales anteriores al inicio del proceso gestativo* ⁶⁹³. La necesidad incondicionada y absoluta de una ratio penal en defensa de la vida del preembrión no se presenta así como una consecuencia derivada del análisis de la Constitución, sino como un prius condicionante de su interpretación. Sin embargo, de la Constitución no se desprende obligación del legislador democrático de configurar un sistema penal de protección para la defensa de la vida del preembrión”⁶⁹⁴.

Planteada la litis, el TC se pronunció y expresamente señaló que, “en efecto, si el artículo 15 CE reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los

reiterando lo dicho con suficiencia en paginas anteriores, infiere que por gestación el TC entendió implantación.

⁶⁹² Para más amplitud, ver; BOE núm. 162, de fecha Jueves 8 de Julio de 1999, pág. 70.

⁶⁹³ No obstante, tal y como lo destaca LACADENA CALERO: “Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, ob cit, pág. 148 y 149, la afirmación del abogado del Estado en el sentido de que los preembriones no son sino células germinales anteriores al inicio del proceso gestativo es incorrecta, por tanto que en biología se entiende por células germinales cada una de las células que constituyen la línea germinal, incluyendo tanto las formas antecesoras **como a los últimos productos de la diferenciación; los gametos**.

⁶⁹⁴ En otras palabras, el Abogado del Estado concluyó que el preembrión humano no se encuentra protegido dentro del ámbito del artículo 15 de la CE, ni como derecho a la vida, ni como bien jurídico protegido.

nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri, es claro que la Ley impugnada en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano⁶⁹⁵, no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE⁶⁹⁶.

“Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro Ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución, lo que, **sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional**, pues los derechos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del Ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”⁶⁹⁷.

Continúa señalando la STC que, en cuanto al reproche sustentado en el artículo 15 CE en relación con los artículos 14.3 (prohibición de generar embriones con gametos utilizados en la experimentación o investigación) y 14.4, (que autoriza el test de hámster) 15, 16.1 y 16.2 (en los que se regulan supuestos diversos de experimentación e investigación en preembriones vivos) y 17 (que permite la investigación y experimentación en preembriones abortados que considera muertos o no viables), en realidad no se viola derecho alguno del nascituri - *derecho que no existe* - sino que ciertamente el legislador ha atendido al principio rector del artículo 44.2 de la CE según el cual los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general⁶⁹⁸.

Es decir, reitero, por un lado (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas) se afirmó que biológicamente no cabe reconocer en el embrión humano aún no anidado vida humana individualizada, ni su correlativa protección en cuanto tal, pero al mismo tiempo también se afirmó que “debe protegerse su vida **potencialmente humana**”. Por otro lado, se estimó (STC 116/1999) que la Ley 35/1988 regula técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano (anteriores al proceso gestativo que de acuerdo con la STC 53/1985 marca el comienzo de la vida humana) y que por lo tanto ésta no desarrolla

⁶⁹⁵ Afirmación que es indudablemente inexacta pues ésta mismísima LTRA regula también en no pocos de sus artículos el tratamiento en embriones humanos.

⁶⁹⁶ STC 116/99.Fundamento jurídico 4º.

⁶⁹⁷ STC 116/99.Fundamento jurídico 5º.

⁶⁹⁸ STC 116/99.Fundamento jurídico 6º.

el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE, pero también al mismo tiempo esa STC estimó que no obstante que no se pueda considerar a los no nacidos (en referencia al preembrión) titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 CE, ello no significa que resulten privados de toda protección constitucional.

Finalmente, cuando la Ley 35/1988 se refiere al preembrión humano alude a él como un ser, un preembrión vivo, al que clasifica en viable, no viable o muerto para determinar los límites de su utilización y de la experimentación e investigación sobre él.

3.5.1.5. TOMA DE POSTURA.

Sin afán de reiterarnos, consideramos hemos dejado clara nuestra posición y que bien puede resumirse a través de las siguientes premisas:

Creemos en la protección del preembrión a partir del reconocimiento de su pertenencia a lo humano, o lo que es igual, a partir del reconocimiento en él, de vida humana. Por tanto, debe afirmarse que ello en sí es razón suficiente para impedir que se proceda ilimitadamente en contra de ella desde ese preciso momento, sin que a su vez ello constituya o signifique un obstáculo para que su protección pueda, como siempre se ha hecho, ceder y/o ser graduada, aunque manteniendo siempre esa condición o premisa de vida humana.

No obstante, he de reconocer que ha resultado extremadamente difícil, ante la diversidad de las opiniones y de los criterios normativos, poder pronunciarnos o concluir si el preembrión ha sido considerado biológicamente una vida humana a pesar de su posible falta de individualidad, si es o no posible apreciarlo bajo la esfera del artículo 15 CE como bien jurídico constitucionalmente protegido y, lo más importante, si su vida ha sido, por lo tanto, uno de los intereses jurídicos ha considerar en la elaboración normativa.

Ahora bien, a pesar de esa dificultad creemos haber llegado a la respuesta utilizando, entre otras, las siguientes proposiciones que se extrajeron del análisis del marco normativo:

El legislador ordinario asumió, tal como se puede observar en la referencia expresa de la LTRA⁶⁹⁹ al preembrión como un ser vivo, muerto, viable o no viable, que biológicamente la vida humana comienza con la fecundación;

La LTRA permite y al mismo tiempo restringe y prohíbe la utilización, investigación y experimentación sobre el embrión no anidado in vitro a través de la

⁶⁹⁹ Que es posterior a la STC 53/1985)

introducción de los criterios antes mencionados que determinarán la prohibición o permisibilidad, señalando de manera expresa que sobre el preembrión vivo y viable no se podrá investigar ni experimentar (salvo que se persiga una finalidad terapéutica) y que sobre el preembrión vivo y no viable o muerto si se podrá investigar o experimentar;

La STC 212/1996 definió la viabilidad, aplicada al embrión o feto, como la incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona, considerando por ello que la permisibilidad de las actuaciones sobre ellos no viola la protección constitucional de la vida reconocida por el TC. O lo que es igual, **que el límite a la utilización, experimentación, investigación e intervención está dado en función de la vida del preembrión que, en tanto no viable, se considera no existe, y;**

La STC 116/1999 consideró que con arreglo a la STC 53/1985 son titulares del derecho fundamental a la vida del artículo 15 CE los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri; que la Ley 35/1988 regula técnicas referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano de forma tal que no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE, y que no obstante, ello no significa que resulten privados de toda protección constitucional.

Así pues, a nuestro juicio la interrogante planteada se responde en sentido afirmativo ante el indubitable hecho de que el preembrión humano ha sido considerado por el legislador ordinario, desde ese momento de su existencia, como una vida humana a pesar de los criterios que apuntan a su posible falta de individualidad.

Consecuentemente, y también a la luz de las resoluciones del TC, consideramos que *la vida del preembrión humano si cabe considerarla como un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la CE, lo cual necesariamente significa que el legislador ha tenido que considerar dicho interés en su labor estatutaria* cuando creó las disposiciones relativas a la ingeniería reproductiva y genética, contrapesando entre el bien jurídico constitucional - vida humana del preembrión humano, y el derecho fundamental a la creación e investigación científica y a la reproducción humana.

Ello, insisto, **no quiere decir que el legislador secundario esté obligado a crear infracciones administrativas o tipos penales para proteger esa vida humana en desarrollo, ni que toda norma administrativa referida al preembrión que limite, restrinja o regule la actuación sobre ellos busque siempre protegerlo sólo en cuanto vida humana.** Ni mucho menos.

Sólo significa que en la síntesis de las relaciones sociales conflictuales que el legislador requiere llevar a cabo para realizar la configuración de los bienes jurídicos, **ese interés jurídico** - el embrión humano preimplantatorio en si mismo considerado, vida humana - **tuvo indudablemente que ponderarse como uno de los intereses en**

juego o en conflicto, sin olvidar que el hecho de que sea la vida que encarna el preembrión uno de los interés jurídicos a considerar, no supone ni su absoluta protección ni rechaza su relativa protección que, frente a los distintos contextos en donde se desarrollan las intervenciones en los preembriones humanos, necesariamente da lugar a un conflicto que hará que en algunos casos el legislador decida que la protección en cuanto vida humana prevalezca, en otros, que la existencia o presencia de otros intereses que trascienden al embrión humano no anidado extracorpóreo, y que el legislador y el Derecho español han buscado proteger, se impongan como la ratio de su protección⁷⁰⁰, y finalmente, que en otros supuestos esa protección derivada ceda frente a otros intereses principalmente localizados en la actividad médico reproductora.

VI) CONFIGURACIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y DE BIENES JURÍDICO PENALES.

Si recordamos las bases sentadas en el primer capítulo de éste trabajo, tenemos que mantener muy clara la idea de que la elaboración legislativa en la creación de objetos de tutela normativa exigirá que el legislador ordinario sintetice los conflictos sociales a partir de una efectiva y justa ponderación de los intereses en juego, persiguiendo la evitación del resultado lesivo para el interés protegido, y que una vez realizada la síntesis conflictual, habiéndose pronunciado por la protección de unos sobre otros - creando así el bien jurídico - debe agotar o plantear primero en otro ámbito del Derecho que no sea el penal la posibilidad de la efectiva tutela del interés social que haya determinado preferente o preeminente, y sólo posteriormente, una vez desechada la idoneidad de éste ámbito, dada la importancia que dicho bien jurídico tiene para la difusión de las posibilidades de desarrollo social, puede acudir o echar mano, sin pasar por alto ninguno de los principios que lo fundamentan, del último recurso, el Derecho penal.

Así entonces, si la razón que legitima la transición de un bien jurídico a un bien jurídico penal, recordando a MIR PUIG, se funda en la importancia social y en la necesidad de protección por el Derecho penal de ciertos intereses que se consideran fundamentales para la vida social; y si consideramos que a estas alturas del desarrollo de nuestra investigación conocemos ya aquellos intereses que es posible comprometer con el desarrollo y práctica de las técnicas dentro del campo de la ingeniería genética y reproductiva, no nos queda otro remedio que confrontar la forma en que de lege lata dichos intereses han pretendido ser salvaguardados a través de la norma administrativa; cuáles fueron trasladados al Derecho penal y, finalmente; si en la elaboración del bien jurídico penal, a través de la selección y descripción de las hipótesis delictivas, el

⁷⁰⁰ Es decir, afirmar que el Derecho español ha reconocido en el preembrión humano una protección jurídica directa, a fin de tutelar a él - su vida - no representa ningún obstáculo para que pueda también tutelar y proteger otros intereses jurídicos, de naturaleza colectiva, que se encuentran comprometidos y que lo trascienden.

legislador ha tenido en cuenta los criterios y principios ante dichos que deben encauzar al Derecho penal de un sistema político como éste.

Del desarrollo de las técnicas de ingeniería genética, reproductiva, investigación y experimentación llevadas a cabo en distintas fases de la vida humana en desarrollo y/o sobre diverso material genético; gametos, células animales, células somáticas, germinales o totipotentes humanas, se han identificado los siguientes intereses jurídicos que se encuentran o que podrían entrar en conflicto:

I) Como consecuencia de la manipulación y liberación de microorganismos modificados al medio ambiente.

Enfrentamiento entre el interés al **desarrollo y creación científica** vs el interés a **la salud o conservación del medio idóneo para el desarrollo y supervivencia de la especie humana**.

II) A consecuencia de la manipulación de genes humanos de células de la línea somática, germinal o totipotenciales sin finalidad terapéutica.

Enfrentamiento entre el mismo interés del científico a la **investigación y experimentación** (derecho fundamental a la producción y creación científica) vs el interés del ser humano; preembrión, embrión, feto en sí mismo considerado y del ser humano ya nacido, así como de la especie humana en lo general, a un **patrimonio genético no alterado**.

III) De la manipulación genética terapéutica (terapia genética).

Enfrentamiento entre el interés a tener **descendencia sana y/o a la salud del ser humano** en sí mismo considerado vs el interés colectivo de la especie humana a tener un **patrimonio genético no manipulado** o alterado.

IV) De la experimentación, investigación e utilización - industrial, comercial o científica, no terapéutica, en preembriones, embriones y fetos humanos vivos y viables, de la creación de preembriones humanos sin finalidad de procreación humana, del mantenimiento del preembrión vivo in vitro más allá del día catorceavo en que fue fecundado, o del embrión y feto en útero o fuera de él.

Enfrentamiento entre el señalado derecho fundamental a la **promoción de la ciencia y la investigación y creación científica** vs **la vida y la integridad física del preembrión, embrión, feto e incluso la futura persona**.

V) De las técnicas de reproducción asistida, particularmente in vitro.

Enfrentamiento entre el interés o **derecho a la procreación** vs el interés o derecho a la **vida humana** del embrión preimplantatorio que necesariamente tendrá que destruirse en la práctica y desarrollo de la misma. Así mismo, ya sea vía fecundación in vitro y sus derivados o vía la inseminación asistida, es posible que se verifique un enfrentamiento entre el **derecho a la procreación** vs el interés al **conocimiento del origen biológico a través de la posibilidad de la investigación regulada de la maternidad o paternidad**.

VI) Del diagnóstico genético preimplantatorio.

Enfrentamiento entre el interés a tener **descendencia sana** vs el interés del preembrión en cuanto **vida humana** (cuando el diagnóstico en si mismo traiga aparejado su destrucción o desaconseje su transferencia al útero de una mujer).

VII) De la clonación humana reproductiva y no reproductiva.

Enfrentamiento entre el interés o **derecho a la procreación** de parejas estériles o portadoras de enfermedades cuya transmisión podría evitarse a través del uso y aprovechamiento de los avances científicos y médicos que supone la clonación reproductiva vs el interés o derecho del ser humano así concebido a **ser único e irrepetible**; enfrentamiento entre ese mismo derecho a la procreación vs el interés a la **integridad física de los seres humanos nacidos** por estos medios, así como vs el interés colectivo a conservar **la diversidad y variedad (genética) de la especie humana**; y por último; enfrentamiento entre el interés al desarrollo y promoción de la ciencia y búsqueda de la salud humana y a la investigación y creación científica vs el interés a la **vida** que el embrión obtenido vía clonación con finalidad no reproductiva encarna.

VIII) De la partenogénesis.

Enfrentamiento entre el interés a la **investigación y creación científica** vs el interés colectivo a la **diversidad genética humana**.

IX) De la ectogénesis.

Enfrentamiento entre el interés a la **investigación y creación científica** vs el interés a **tener una madre y un padre biológico**.

X) De la producción de híbridos.

Enfrentamiento entre el interés a la **investigación y creación científica** vs el interés a la **no alteración del patrimonio genético humano** y vs el interés a la **identidad del ser humano** así como a la **identidad genética de la especie humana**.

XI) De la producción de quimeras.

Enfrentamiento entre el interés a la **investigación y creación científica** vs el interés a la **inalterabilidad del patrimonio genético humano**, y vs el interés a la **identidad genética del ser humano**.

¿Son esas las relaciones conflictuales que el legislador recogió cuando realizó la primera ponderación o valoración de los diversos intereses jurídicos implicados al instituir, dentro de las leyes 35/1988 y 42/1988, un capítulo específico dedicado a las infracciones y sanciones derivadas de las conductas descritas en la investigación, configurando, en consecuencia, los bienes jurídicos?

Para responder ello, en primer lugar debemos recordar el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y de la Inseminación Artificial Humana, antecedente inmediato de estas leyes, el cual señaló dentro del Capítulo V lo que debía de considerarse, “por razones variadas de índole ético, biológico y social”, “desviaciones no deseables” o “mala utilización” de las técnicas de ingeniería genética y reproductiva, sugiriendo inclusive la necesidad imperativa de prohibirlas categóricamente y de considerarlas un “delito criminal”⁷⁰¹.

El Informe se refirió específica y claramente a las conductas de:

1. La clonación o producción de individuos idénticos a partir de un sólo individuo humano.
2. La ectogénesis, o producción de un ser humano individualizado y autónomo fuera del útero de una mujer, es decir, en el laboratorio. Es, de todas formas, una posibilidad que en su totalidad se considera imposible de realizar.
3. Intentar la gestación humana en otras especies, aunque ello no sea posible por sus especiales características.
4. La producción de gemelos idénticos.
5. La producción de hijos de personas del mismo sexo.
6. La producción de embriones, únicamente con el fin de investigar en ellos.
7. La fecundación de óvulos de otras especies con esperma humano (el test del hámster, para estudio de la infertilidad de origen masculino, podría ser una excepción en los estrictos términos que se reglamenten) o viceversa.
8. La investigación o experimentación en embriones humanos viables.

⁷⁰¹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, ob cit pág. 78.

9. La transferencia de embriones que hayan sido utilizados para su investigación o experimentación, al útero materno.
10. El mantenimiento de los embriones in vitro, fueren o no manipulados para investigación o experimentación, más allá del décimo cuarto día que sigue a la fecundación in vitro (descontando el tiempo en que pudieran haber estado congelados).
11. La fusión de embriones y la producción de quimeras.

No obstante la recomendación expresa de criminalizar tales conductas “desviadas” por parte de la Comisión, el legislador optó en principio por una protección de tipo administrativo y no penal a través de la creación de un catálogo de conductas prohibidas y sancionadas como infracciones graves y muy graves dentro de un Capítulo específico en cada una de las leyes administrativas tantas veces referidas⁷⁰².

Capítulo VI. Artículo 20.2 Ley 35/1988.....

- B) Son infracciones muy graves:
- a) **Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.**
 - b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.
 - c) Mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce al que fueron fecundados, descontando de este tiempo el que pudieran haber estado criopreservados.
 - d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.
 - e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como con su importación o exportación.
 - f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos, o científicos en los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen, y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.
 - g) Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes.
 - h) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o una TIG.
 - i) Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.

⁷⁰² El profesor CASABONA clasificó las infracciones contenidas dentro de estas leyes en cinco grupos, a saber: a) relativas al incumplimiento de las prescripciones de índole administrativo sanitaria; b) vulneración de los derechos o intereses de las personas implicadas en las técnicas de reproducción asistida c) relativas a la protección del material biológico humano (gametos y preembriones); d) realización de prácticas de reproducción asistida desviadas de los fines que la ley prevé y; e) manipulaciones genéticas no permitidas. Ver; ROMEO CASABONA: “Límites penales de las manipulaciones genéticas”, ob cit, pág. 182.

- j) Develar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley.
- k) **Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.**
- l) **La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.**
- m) La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- n) La selección de sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.
- o) La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.
- p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.
- r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas, así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas⁷⁰³.
- s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.
- t) La creación de preembriones con espermatozoides de individuos diferentes para su transferencia al útero.
- u) La transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.
- v) **La utilización de la ingeniería genética u otros procedimientos con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.**
- x) Las investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen.

Capítulo IV. Artículo 9.2 Ley 42/1988. B) Son infracciones muy graves.....

- a) **La realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico.**
- b) La creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación.
- c) La donación y utilización de embriones, fetos o sus células, tejidos u órganos para fabricación de productos de uso cosmético.

⁷⁰³ Esta última parte fue introducida por la disposición final tercera de la LO 10/1995 que publicó el CPE.

- d) La extracción de células o tejidos de embriones o fetos en desarrollo, de la placenta o sus envolturas, o de líquido amniótico, si no es con fines de diagnóstico prenatal.
- e) La experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no, salvo que se trate de embriones o fetos no viables, fuera del útero y exista un proyecto de experimentación aprobado por las autoridades públicas que corresponda o, si así se prevé reglamentariamente, por la Comisión Nacional de Seguimiento y Control.

De esta forma, sin perjuicio de realizar las consecuentes precisiones y matizaciones, podría decirse que en principio:

- A) El conflicto entre los intereses jurídicos precisados en el inciso I) quedó ponderado en los términos del artículo 20.2.B).v) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **Supervivencia de la especie humana.**
- B) El conflicto entre los intereses jurídicos precisados en el inciso II) quedó ponderado en los términos del artículo 20.2.B).n) de la Ley 35/1988 y del artículo 9.2.B)a) de la Ley 42/1988. Bien jurídico: **Inalterabilidad del patrimonio genético no patológico.**
- C) El conflicto entre los intereses jurídicos precisados en el inciso III) también quedó ponderado en los términos de los citados artículos 20.2.B).n) de la Ley 35/1988 y 9.2.B)a) de la Ley 42/1988. Bien jurídico: **La salud del ser humano en si mismo sobre quien se practique una manipulación o alteración de sus características genéticas (preembrión, embrión, feto o la persona).**
- D) El conflicto entre los intereses jurídicos destacados en el inciso IV) derivados de la investigación, experimentación e utilización - industrial o comercial, no terapéutica, de la creación de preembriones (o embriones y fetos) sin finalidad de procreación y al mantenimiento del preembrión vivo in vitro más allá del día catorceavo en que fue fecundado, o del embrión y feto en útero o fuera de él, quedó ponderado en los términos de los artículos 15,16,17 y 20.2.B) a), b), c), d), f), g) y x) de la Ley 35/1988 (respecto del preembrión) y en los términos de los artículos 5.1 (interpretado en los términos de la STC 212/96) y 9.2.B) b), d) y e) de la Ley 42/1988 (respecto del embrión o feto). Bien jurídico: **La vida del**

preembrión, y la vida y salud del embrión, feto y de la futura persona⁷⁰⁴.

- E) El conflicto entre los intereses jurídicos destacados en el inciso V) derivados de la fecundación in vitro quedó resuelto en los términos de los artículos 4º y 11º ⁷⁰⁵ de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **El derecho a la reproducción o procreación humana.** Aquellos derivados de la FIVTE y análogos así como de la inseminación asistida en relación con el origen biológico del ser humano creado a través de esas técnicas, quedó resuelto en los términos de los artículos 20.2.B).h). t) y u) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **Derecho a conocer el origen biológico** y, en los términos de la Ley; **Posibilitar materialmente el derecho a la investigación de la paternidad o de la maternidad.**
- F) El conflicto entre los intereses jurídicos destacados en el inciso VI) quedó resuelto a través de los artículos 12, 13, 15 y 20.2.B).i) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **El derecho a tener descendencia no enferma, sana.**
- G) El conflicto entre el interés o derecho a la procreación de personas estériles o portadoras de enfermedades cuya transmisión podría evitarse a través del uso y aprovechamiento de los avances científicos y médicos que la clonación reproductiva supone vs el derecho a ser único e irrepetible y a la diversidad y variedad genética destacados en el inciso VII), quedó en principio ponderado a través de los artículos 20.2.B) k) y l) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: Se protege la supuesta **individualidad, irrepetibilidad, identidad, personalidad y dignidad humana, y;** también se protege como bien jurídico **la diversidad genética de la especie humana.** Igualmente, respecto del interés o derecho a la procreación, vs el interés o derecho a la integridad física de la persona

⁷⁰⁴ Conclusión que se sostiene no obstante que la Ley autorice la experimentación e investigación en dichas realidades humanas cuando estando aún vivos no sean viables, por cuanto que, volvemos a insistir, de lege lata la falta de viabilidad ha sido asimilado por el TC como criterio biológico normativo de muerte, y por lo tanto, tomando ello en consideración, entre el interés a la investigación vs el derecho encarnado en el preembrión, embrión y feto, vivo y viable, el bien jurídico protegido es la vida.

⁷⁰⁵ Artículo 4º LTRA: Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Artículo 11.3: Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferirlos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años. Es decir, entre el deseo y derecho a la procreación de la mujer y el interés jurídico del preembrión a la vida, la Ley ha valorado y estimado más importante el derecho a la procreación.

futura, quedó ponderado a través de los ya mismo incisos k) y l) del artículo 20.2.B) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **Se protege la integridad física de la futura persona encarnada en el ser clonado.** Respecto del conflicto entre el interés al desarrollo y promoción de la ciencia y búsqueda de la salud humana así como a la investigación y creación científica a través de la clonación no reproductiva, vs el interés o derecho a la vida como bien jurídico protegido del embrión obtenido por ésta vía, podría considerarse que; o quedó ponderado a través del artículo 8.2 de la Ley 42/1988. Bien jurídico. **El desarrollo y promoción de la ciencia..... y la investigación y creación científica,** o; en sentido opuesto, que quedó ponderado en los términos del los mismos incisos antes citados de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **La vida del preembrión humano.**

- H) El conflicto entre los intereses señalados en el inciso VIII) quedó ponderado en los términos del artículo 20.2.B).m) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **La diversidad genética de la especie humana.**
- I) El conflicto de intereses destacados en el inciso IX) quedó ponderado en los términos del artículo 20.2.B).s) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **El derecho a tener progenitores biológicos.**
- J) El conflicto de intereses señalados en el inciso X) quedó resuelto en los términos de los artículos 20.2.B).q) y r) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **Inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano en particular y en otros casos, de la especie humana en lo general.**
- K) Finalmente, el conflicto entre los intereses apuntados en el inciso XI) quedó resuelto en los términos del artículo 20.2.B). o) de la Ley 35/1988. Bien jurídico: **La inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana.**

Es importante volver a destacar que en la determinación de dichos bienes jurídicos, el legislador tuvo que considerar o confrontar, prácticamente en cada uno de ellos, principalmente tres grandes intereses jurídicos: El derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1.b de la CE a la producción y creación científica y técnica, junto con el derecho fundamental consagrado en el art 44.2 CE a la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general vs los intereses jurídicos incardinados al preembrión, embrión, feto y persona humana en cuanto tales (individuales), o en cuanto portadores de ciertos intereses que lo trascienden (colectivos).

Es decir, a esos intereses en concreto se reduce la situación conflictual, y de ello justamente se desprenden los bienes jurídicos en particular. Y si ciertamente es ya posible identificar de entre los intereses jurídicos que el desarrollo de las técnicas genéticas y reproductoras generan, aquéllos a los cuales el legislador concedió una mayor importancia (bien jurídico de la norma administrativa) - **supervivencia de la especie humana (colectivo); inalterabilidad del patrimonio genético humano (individual y colectivo); la salud del ser humano (individual y colectivo); la vida e integridad física del preembrión, embrión, feto y de la futura persona (individual); el derecho a la procreación humana (individual); derecho a conocer el origen biológico (individual); derecho a tener una descendencia no enferma (individual); individualidad, irrepetibilidad, identidad, personalidad y dignidad humana (individual); la diversidad genética de la especie humana (colectivo); el derecho a tener progenitores biológicos (individual)** - también lo es que cada uno de esos bienes jurídicos puede ponerse en peligro o lesionarse a través de conductas diametralmente distintas.

Consecuentemente, las infracciones administrativas constituyeron no sólo la realización de la síntesis conflictual - creación del bien jurídico digno de protección - sino además la delimitación de las formas materiales de afectación, esto es, la precisión o especificación de las conductas que son potencialmente lesivas.

Ahora bien, es incuestionable que cuando el legislador creó estos cuerpos normativos y cuando específicamente distinguió de entre las conductas, las que habría que estimar ilícitas, no sólo delimitó los bienes jurídicos protegidos sino que consideró que ellos se encontrarían suficientemente garantizados sin la necesidad de recurrir al Derecho penal, postura ésta que en su momento provocó divergentes posiciones dentro de la doctrina.

En efecto, CUERDA RIEZU sostuvo y era de la opinión de que en el ámbito de las nuevas técnicas genéticas era suficiente con imponer sanciones administrativas para el caso de que se transgredieran los límites de lo permitido. Y ello era así, pues veía y consideraba las sanciones a las infracciones administrativas lo suficientemente trascendentes y considerables⁷⁰⁶, y porque atribuía ese “silencio de la ley penal” a que el legislador había estimado que los bienes jurídicos se encontrarían suficientemente

⁷⁰⁶ CUERDA RIEZU: “Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de código penal de 1992”, ob cit pág. 222 y ss. Así, afirmaba, “no conviene hacerse ilusiones sobre la benignidad de las infracciones y sanciones administrativas contenidas en las leyes”, sino por el contrario, normalmente se trata de infracciones de cierta trascendencia que están sometidas a sanciones considerables que oscilan entre el medio millón y los cien millones de pesetas.

garantizados por las sanciones de carácter administrativo previstas en la Ley, dando así cumplimiento al principio de intervención mínima⁷⁰⁷.

Contra esa opinión se pronunciaron VALLE MUÑIZ Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, para quienes indudable resulta que en el terreno de la aplicación de los nuevos avances de la tecnología genética humana habían surgido necesidades de tutela jurídico penal que no quedaban colmadas por la legislación penal ordinaria vigente en ese momento y que tampoco habían encontrado respuesta en la actividad legislativa⁷⁰⁸. Debido a ello, a juicio de los autores, la Ley era deficiente al no prever la configuración de ilícitos penales en virtud de que algunas de las infracciones debieron presentar naturaleza penal al afectar bienes jurídicos tan importantes como la salud, la libertad, el derecho a la intimidad, etc, y debido a que la tipología que el Código penal endereza a su protección se veía desbordada por la irrupción de estas nuevas modalidades comisivas⁷⁰⁹.

Consecuentemente, afirmada la existencia de un bien jurídico digno de protección, demostrada que la pena es el medio más idóneo para evitar o disminuir los peligros de lesión del bien jurídico, y que el Ordenamiento jurídico carece de instrumentos más adecuados y menos costosos en términos de aflicción para llevar a cabo esa tarea de protección, consideraron que la amenaza penal era necesaria pues las sanciones administrativas, “dado el volumen e importancia de la industria médica y farmacéutica actual, pudieran pasar a formar parte de un asiento contable de los gastos de una determinada forma de investigación médica o farmacéutica y, por tanto, carecer de eficacia intimidatoria”.

Por tanto, “colocar el límite jurídico penal al derecho fundamental a la investigación científica allí donde esta en juego la propia esencia del ser humano y, probablemente, el futuro de nuestras civilizaciones, (en la medida en la que consideran que la limitación jurídico penal tiende a evitar que la utilización abusiva de las técnicas genéticas

⁷⁰⁷ CUERDA RIEZU: “Otra vez sobre técnicas genéticas y Derecho penal”, ob cit, pág. 708. Consecuentemente, afirmaba que en la mayoría de los supuestos previstos con sanciones graves y muy graves de ambas leyes administrativas, se contemplaban ciertas conductas que no ameritan formular nuevos tipos penales para comprenderlas, debido a que son subsumibles en otros tipos genéricos, a excepción de las maniobras que produzcan lesiones en el ser ya engendrado (lesiones al feto) y cuya tipificación no existía en el momento en que escribió su artículo.

⁷⁰⁸ VALLE MUÑIZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: “Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal”, ob cit, pág. 116 y 117.

⁷⁰⁹ MARIS MARTÍNEZ también se manifestaba partidaria de la criminalización de ciertas conductas “desviadas” que si bien se encuentran contempladas como ilícitos administrativos, “por el peligro que tales procedimientos conllevan para el futuro de la humanidad así como por la clara ofensa a la dignidad humana que importan, la intervención del Derecho penal de cara a tales acciones se justifica acabadamente”. Ver, “La genética en el ámbito de la ley española”, ob cit, pág. 160.

imposibiliten la presencia de todos los atributos con los que la CE arroja al ser humano), no parece que pueda vulnerar el carácter de ultima ratio de la intervención punitiva⁷¹⁰.

En síntesis, consideraron que las sanciones administrativas no eran suficientes en este ámbito debido a que la importancia de los intereses afectados exige, a su entender, la incriminación de ciertas conductas con sus correspondientes penas, y porque además las sanciones administrativas carecían de la eficacia intimidatoria respecto a las industrias médicas y farmacéuticas debido a que por su poder económico, las posibles multas administrativas no impedirían que las conductas prohibidas fueran llevadas a cabo⁷¹¹.

ESER por su parte sostuvo la opinión de que si bien es cierto en un momento existía una necesidad imperiosa de regular las cuestiones surgidas como consecuencia del desarrollo tecnológico en esta área, no dudo en afirmar que sería incorrecto pensar que esa regulación tuviese que ser necesariamente legal⁷¹², y menos aún penal, sino que se pronunció partidario de una especie de regulación escalonada que comenzara por el auto control deontológico de la misma comunidad investigadora⁷¹³, pasando por

⁷¹⁰ VALLE MUÑOZ, GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", ob cit, pág. 120 - 132.

⁷¹¹ Frente a esa postura, CUERDA RIEZU contra argumentó señalando que si bien no niega la importancia de los intereses en juego en éste plano, no es menos cierto que también existen intereses muy importantes en juego respecto de los seres humanos ya nacidos a los que sin embargo no se les protege tanto. Todos los controles y cautelas que se establecen para los gametos, preembriones, embriones y fetos no rigen con la misma intensidad para los que ya han nacido, dándole ello la impresión de se protege más al no nacido que al nacido, lo que a su juicio es incorrecto. Por lo que respecta a las sanciones administrativas previstas para las infracciones de las leyes de 1988, recuerda en primer lugar en que ellas comprenden no sólo multas muy elevadas sino también el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio donde se haya efectuado la conducta en cuestión, por lo que, esas sanciones si ejercen un considerable poder de disuasión respecto a las empresas médicas y farmacéuticas a la hora de plantearse la transgresión de lo que está permitido, sobre todo cuando corren el riesgo de que se les cierre el local donde prestan sus servicios. Por lo tanto, se reafirma en la opinión de que no son necesarios nuevos delitos para impedir una incorrecta técnica genética, bastando las ya existentes infracciones administrativas. Cfr; "Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de código penal de 1992", ob cit pág. 226- 227.

⁷¹² En contra; BERGEL DARÍO: "Límites éticos y jurídicos a la investigación en genética humana", ob cit, pág. 15 y 16, para quien, ante el ineludible hecho de que hoy día la "tecnociencia" opera sobre la naturaleza con vocación de conocimiento y manipulación, ya no es posible dejar que la investigación científica, como antes, opere sin otros límites que los autofijados por sus componentes, sino por el contrario, deben ser determinados por "intereses externos" y "no por propia lógica de la ciencia o por la libre curiosidad del investigador."

⁷¹³ El profesor ROMEO CASABONA se muestra partidario de esa regulación escalonada que comience con el control del investigador y de la comunidad científica, destacando inclusive que una coexistencia de autorregulación junto con la regulación legal no constituiría contradicción alguna sino, por el contrario, reforzaría los intereses y valores dignos de protección. Cfr; ROMEO CASABONA: "Límites penales de las manipulaciones genéticas". De opinión contraria; PERIS RIERA: *La regulación penal de la*

las garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección y, llegando sólo en caso de que sea necesario, a las prohibiciones penales⁷¹⁴.

Empero, frente a esa posición observamos la postura de MANTOVANI, el cual se pronuncia en contra de los sistemas de control extra legales por cuanto que considera resultan inadecuados e ineficaces ante el hecho de que las actividades biomédicas afectan derechos fundamentales de seres humanos, circunstancia ésta que desde su perspectiva evidencia la necesidad de una regulación bajo leyes específicas y no bajo códigos deontológicos⁷¹⁵.

No obstante ello, se afilia en términos generales también a la idea o necesidad de un sistema parecido al “escalonado” que sugiere ESER, propugnando por la creación de sistemas legales acumulativos - vinculantes entre si - que partan de una regulación administrativa no penal diseñada para evitar resultados dañinos a través del establecimiento de controles específicos y, sólo cuando se demuestre la causa meritoria “para tutelar aquellos valores de máximo orden en la jerarquía personal constitucional” y ante lo inadecuado de los sistemas no penales, sean ellos disciplinarios, económicos compensatorios o de sanciones administrativas, podrán ser incrustados en el Ordenamiento penal, respetándose así el principio de mínima intervención⁷¹⁶.

El profesor ROMEO CASABONA también se pronunció en su momento sobre esta polémica después de cuestionarse si, bajo el respeto y vinculación de los principios de intervención del Derecho penal, - exclusiva protección de bienes jurídicos, merecimiento y necesidad de la pena - algunas de las conductas consideradas infracciones graves en las leyes de 1988 debieron regularse a través del instrumento del Derecho penal⁷¹⁷, y/o

manipulación genética en España, ob cit, pág. 57, para quien los sistemas de control sólo podrían desarrollar una función de complementariedad, incluso de garantía, pero nunca de fuente de licitud de actividades como las biomédicas, que repercuten directamente en la colectividad.

⁷¹⁴ ESER, ALBIN: “Genética humana desde la perspectiva del Derecho Alemán”, ob cit, pág. 358 y ss.

⁷¹⁵ MANTOVANI, FERRANDO: “Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection”, ob cit, pág. 114.

⁷¹⁶ Así, MANTOVANI llega a la conclusión de la necesidad de la creación de un “nuevo Derecho penal preventivo” que se enfoque hacia la tipificación de tipos de peligro abstracto como forma de salvaguardar los intereses legales de mayor orden y consideración, que servirá para prevenir el peligro inherente a ciertos sectores de esta actividad y para prevenir la creación del resultado de ciertas técnicas biomédicas en las que la persecución criminal debe ser anterior y cubrir aquellos actos dirigidos a producir dichos resultados. Cfr. *Ibidem*, pág. 114.

⁷¹⁷ Específicamente se refería a la creación de seres humanos por clonación o selección de raza, por cualquiera de sus variantes o por cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos, la partenogénesis, la selección de sexo o la manipulación genética con fines no

si los instrumentos del Derecho administrativo eran suficientes o insuficientes para lograr una adecuada protección de los bienes jurídicos en juego⁷¹⁸, llegando a la conclusión de que si bien son los criterios de Política criminal los que también en éste caso tienen resolver qué acciones deben quedar abarcadas por el Derecho punitivo, en realidad la respuesta se hace depender (varía) de la concepción o función que del Derecho penal se tenga, pues si se acentúa su función preventiva puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos que se pretende proteger, incluso cuando el peligro es meramente potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto, mientras que si se opta por una orientación a la racionalidad de los valores, el énfasis se pondrá en los derechos y bienes del individuo y en los ideales de humanidad y justicia, lo que facilitaría una contención de la criminalización⁷¹⁹.

En otras palabras, dependiendo de la postura que se adopte, aunque siempre regida de acuerdo con los principios rectores tradicionales, insiste, puede generarse un adelantamiento o un retraso en la intervención del Derecho penal⁷²⁰, lo cual nosotros entendemos significa que la respuesta formulada acerca de la necesidad de criminalización de algunas de las conductas señaladas como infracciones administrativas no es unívoca dado que está supeditada o sometida, se reitera⁷²¹, a la concepción previa que del Derecho penal se tenga asumida.

Así pues, entre el desarrollo de las diversas posturas doctrinales en torno a la necesidad o no de criminalización de cuando menos algunas de las conductas consideradas como infracciones administrativas en las leyes de 1988, el legislador asumió su posición dando un giro o cambio de dirección radical, llegando a la conclusión de que era necesario criminalizar algunas de esas conductas por cuanto que, suponemos, estimó resultaban altamente importantes, “fundamentales para la vida social”, y/o porque consideró a los medios de tutela preexistentes, insuficientes, reiterando la protección directa concedida en la norma administrativa al preembrión humano y/o su vida, sino que ahora además concretó esa tutela a través del Derecho penal.

terapéuticos o terapéuticos no autorizados, la creación de preembriones de personas del mismo sexo con cualquier finalidad, la producción de quimeras o híbridos humanos, la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación a la inversa, la ectogénesis, la creación de preembriones con espermia de individuos diferentes, etc.

⁷¹⁸ ROMEO CASABONA: “Límites penales de las manipulaciones genéticas”, ob cit, pág. 183.

⁷¹⁹ Ibídem, pág. 186. También así; LATHIV, RAIMO: “Criminal law and modern bio-medical techniques. General Report”, Revista Internacional de Derecho Penal, Volumen 59, 1988, pág. 612.

⁷²⁰ ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho penal: Los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulaciones genéticas”, ob cit, pág. 156 y 157.

⁷²¹ Como sostuvimos infra en la primera página de éste trabajo.

Obviamente, y aquí coincidiríamos con PAULINA SILVA, en realidad carecemos de los criterios para decidir, objetivamente, si antes del cambio de dirección la protección de esos bienes jurídicos a través del ilícito administrativo era suficiente o no, pues sin que hubiese transcurrido un tiempo mínimo prudente para confrontar la efectividad de la protección administrativa así dispensada⁷²², el legislador español optó por el cambio de sentido, ello es, por su criminalización.

Por tanto, dado que no podemos juzgar si la criminalización obedeció a razones de mayor eficacia de tutela, sólo podemos analizar si en la selección que el legislador realizó se recogen las formas que mayor posibilidad tienen de poder lesionar o poner en peligro a los bienes jurídicos, constituyendo una forma de ataque intolerable para aquellos, y si ellas son o no una expresión respetuosa de los principios del Derecho penal, en especial, dado su origen eminentemente administrativo, del principio de ofensividad.

1. Antecedentes en la conformación del Título V Libro II del CPE de 1995.

Obviamente tanto el Informe cuanto los sendos capítulos que contienen las infracciones administrativas de las leyes 35 y 42/1988 son antecedentes directos de lo que posteriormente terminaría por convertirse en el Título V del Libro II del CPE vigente. Sin embargo, vamos también a referirnos de manera breve a los antecedentes legislativos más próximos y que se conforman de los proyectos para el nuevo CPE de los años 1992 y 1994, y en los que se contemplaban figuras típicas particularmente similares a las infracciones contenidas en los cuerpos administrativos de las dos leyes de 1988 tantas veces mencionadas.

En el Proyecto de Código penal de 1992 se disponía lo siguiente:

Artículo 167: 1. Los que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, serán castigados.....⁷²³

2. Cualquier otra manipulación de genes humanos, realizada con infracción de lo establecido en las leyes, será castigada ..
3. El que realice manipulaciones de genes humanos que, por imprudencia grave, causen daño en el tipo vital será castigado...

⁷²² SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 524.

⁷²³ Figura que pretendió recoger la infracción administrativa/ prevista en el artículo 9.2.B.a) de la Ley 42/1988.

Artículo 168: La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores, será castigada⁷²⁴

Artículo 169: La donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos permitidos por la ley, será castigada⁷²⁵

Artículo 170.1: Quien practicare inseminación artificial **en una mujer**, sin su consentimiento, será castigado.....⁷²⁶

Es decir, podemos observar que en un primer intento de concreción, el legislador consideró que de entre todos los bienes jurídicos tutelados a través de las infracciones administrativas, **la inalterabilidad del patrimonio genético humano, y la no instrumentalización del embrión y feto humano** - su vida - eran bienes jurídicos que merecían la máxima protección posible por parte del Ordenamiento jurídico.

Respecto a la figura del artículo 170 de aquel Proyecto del Código penal, que no se encontraba prevista como infracción administrativa, el ataque a **la libertad y autodeterminación de la mujer** fue ya entonces considerado como una conducta cuya realización constituiría un ataque no tolerable al bien jurídico penal así creado.

En general, sin que nos corresponda entrar a la crítica de los tipos penales propuestos, la doctrina destacó que hubiera resultado difícil coincidir con el prelegislador en esa primera selección que realizó, ya que indudablemente no eran esas precisamente las conductas más graves que se podían haber criminalizado⁷²⁷.

⁷²⁴ Figura que pretendió recoger la infracción administrativa prevista en el artículo 20.2.B.n) de la Ley 35/1988.

⁷²⁵ Figura que pretendió recoger la infracción administrativa prevista en el artículo 9.2.B) c) de la Ley 42/1988.

⁷²⁶ Para no extendernos inútilmente, baste señalar que, obviamente, en el transcurso de lo que en su momento fue el primer intento por criminalizar ciertas conductas que hasta ese entonces habían estado reservadas al ámbito administrativo, se presentaron críticas, correcciones y enmiendas a los artículos propuestos, tal y como puede observarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, número, 102.7. Congreso de los Diputados.

⁷²⁷ Así por ejemplo, CUERDA RIEZÚ: "Los delitos relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 227, aún y cuando no consideró necesaria la criminalización, una vez planteada la interrogante acerca de la corrección o incorrección de la selección realizada por el prelegislador, señaló sus críticas por tanto que desde su punto de vista se tipificaban conductas menos graves que la creación de **híbridos, la creación de seres humanos clónicos o idénticos o la utilización de la ingeniería genética con fines militares**, que permanecían dentro del ámbito administrativo.

Por su parte, el anteproyecto del Código penal español de 1994, recogiendo la experiencia del frustrado proyecto de 1992, había dispuesto una serie de modificaciones a los capítulos IV de la Ley 42/1988 y al VI de la Ley 35/1988.

En relación al Capítulo IV de la Ley 42/1988, el proyecto disponía que éste quedaría modificado pasando a denominarse “Delitos e Infracciones”, dividiéndose para ese efecto en dos Secciones; Sección Primera; Infracciones, suprimiéndose la letra a) del artículo 9.2.B), mientras que la Sección Segunda sería denominada “Delitos”, y quedaría integrada por un artículo 10º.

Artículo 10: 1. Serán castigados.....los que, con la finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por impudencia grave, la pena será.....

Por su parte, el Capítulo VI de la Ley 35/1988 también quedaría modificado de manera tal que pasaría a denominarse “Delitos e infracciones”, dividiéndose igualmente en dos secciones: Sección Primera; Infracciones y, Sección Segunda, Delitos, suprimiéndose en la primera las letras a), k), l), y v) del artículo 20.2.B, mientras que la segunda sección quedaría integrada por los delitos así configurados y que recogían, aunque con ciertas modificaciones en su redacción, las letras suprimidas de la primera sección:

Artículo 21. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigado

Artículo 22.1. Serán castigados con la pena de prisiónquienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

22.2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Artículo 23.1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento.....

Lo anterior evidenció otro cambio substancial que sufrió el legislador en la concepción de lo que debiese ser considerado como conducta delictiva en el ámbito del desarrollo de las técnicas genético reproductoras, pues mientras que en el proyecto de 1992 se castigaba como delito la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley, en el de 1994 éste delito desapareció, aunque, a cambio de ello, en su lugar se consideró necesario dispensar una tutela penal al preembrión humano creado sin finalidad

procreativa, o lo que es igual, se contempló castigar la creación de los embriones preimplantatorios destinados de antemano a su destrucción⁷²⁸.

Así también, desaparecerían como delitos las conductas relativas a la “determinación” del sexo en una persona sin el consentimiento de sus progenitores⁷²⁹ que estaba previsto en el Proyecto de Código penal de 1992.

Finalmente, sabemos bien, fueron esas mismas figuras típicas contempladas en el proyecto de 1994, las que constituyen o pasaron a integrar el actual Libro II, Título V, del CPE.

¿Cuáles son las características que, sin entrar aún al análisis típico de las figuras delictivas, pueden a simple vista entreverse?

En **primer lugar**, que de los bienes jurídicos identificados, recogidos y protegidos dentro de las leyes 35 y 42/1988, se ha decidido elevar a ésta categoría prácticamente su mayoría⁷³⁰; la inalterabilidad del patrimonio genético humano no patológico, la supervivencia de la especie humana, la vida del embrión humano extracorpóreo (o si se prefiere el embrión humano extracorpóreo) y la individualidad, irrepetibilidad, identidad, personalidad y dignidad humana y la diversidad genética de la especie humana; **en segundo lugar**, que ésta protección de la mayoría de los bienes jurídicos se ha realizado sin la inclusión de ocho conductas clasificadas por el Informe de la Comisión Palacios como “desviaciones no deseables”, diecisiete más de las infracciones comprendidas en la Ley 35/1988 y cuatro de las comprendidas en la Ley 42/88, es decir, que de las veintitrés conductas diferentes previstas en los tres textos referidos, sólo cinco se han considerado especialmente graves o importantes para el desarrollo de las posibilidades del desarrollo de las condiciones sociales; **en tercer lugar**, que tres de las cinco conductas típicas involucran específicamente al preembrión humano y, **en cuarto y último lugar**, que de las conductas recogidas o seleccionadas en las infracciones administrativas que luego se convertirían en ilícitos penales, sólo una se refería a la tutela exclusiva de bienes jurídicos colectivos (artículo 21), dos se referían a la tutela

⁷²⁸ Por esa razón, insistimos, no apreciamos contradictorio el hecho de que se considere protegida la vida a partir de la fecundación pues en realidad en ese supuesto no se prohíbe la destrucción de los embriones, por cuanto supone es necesario para el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, sino que prohíbe su creación destinada específicamente a su destrucción.

⁷²⁹ Tipo que en sus orígenes en realidad lo que quería sancionar era la selección de los gametos para escoger el sexo del futuro embrión creado a partir de una técnica asistida de reproducción.

⁷³⁰ A excepción del derecho a la procreación humana; el derecho a conocer el origen biológico (mezclando embriones provenientes de distintas mujeres o mezclando semen de distintos donantes) y el derecho a tener progenitores biológicos (ectogénesis), bienes jurídicos que el legislador ha considerado no merecen una protección tan elevada como la penal.

exclusiva de bienes jurídicos individuales (artículo 22.1 y 23.1), y por último, dos hacían referencia a la tutela de bienes jurídicos individuales y colectivos a la vez. (artículos 10.1 y 2, y 22.2)

Al ser ello así, surge una de las últimas interrogantes que hay que intentar resolver antes de dar paso al desarrollo del último capítulo; ¿porqué se escogieron esas y no otras conductas? Nos gustaría, sencillamente, creer que la respuesta se debe a que el legislador seleccionó esas conductas porque son las formas más graves de ataque a los bienes jurídicos protegidos. ¿Es así?⁷³¹.

Ya lo dijimos antes; también aquí la respuesta acerca de la selección de conductas para su criminalización varía y está dada en base a la función que al Derecho penal previamente se le asigne.

De esa manera, si se es partidario de un Derecho penal de corte preventivo a través de la configuración de tipos de peligro, y abstracto, habría que resolver a fin de coincidir o no con la selección que realizó el legislador, si es más próxima a la lesión para el bien jurídico identificado en la protección de intereses **futuros** de la persona o de la especie humana - inalterabilidad del patrimonio genético no patológico -, la conducta de manipulación de genes en seres humanos, que la conducta de transferencia al útero humano, para su desarrollo y futuro nacimiento, de esos seres humanos con un contenido genético previamente manipulado.

Igualmente, habría que resolver si es más próxima a la lesión del bien jurídico - inalterabilidad del patrimonio genético humano no patológico - la acción de fecundar óvulos humanos sin finalidad procreativa, o las conductas de hibridación, creación de quimeras, o también la consistente en la transferencia de estos, o los gametos o preembriones humanos a un útero animal, o la operación inversa.

Obviamente, aún si partimos de la idea que la configuración del tipo penal de manipulación de genes humanos o de fecundación de óvulos humanos sin finalidad procreativa - por tanto que esa creación de embriones humanos puede esconder

⁷³¹ Mientras que para SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 280 y ss en la selección ni siquiera se han elegido las modalidades lesivas mas graves, no respetándose las diferencias cuantitativas entre ilícito penal y administrativo, para HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y genética*, ob cit, pág. 396, no sólo esas conductas merecían ser consideradas como delitos, sino también, inclusive; La partenogénesis; La creación de preembriones de personas del mismo sexo; La producción de quimeras e híbridos humanos; La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa que no estén autorizados; la ectogénesis; la creación de preembriones con espermia de individuos diferentes para su transferencia al útero, y; la transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.

acciones dirigidas también a la manipulación del acervo genético humano - buscó adelantar la protección de los bienes jurídicos precisados, ni duda cabe que la selección del legislador es más que cuestionable y criticable, pues es evidente que las infracciones administrativas mencionadas son conductas por mucho más cercanas a la lesión que se quiere evitar del bien jurídico penal así configurado.

Es decir, si el bien jurídico tutelado por estos delitos es la inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana, los tipos penales se corresponden a una configuración de peligro abstracto, mientras que las infracciones administrativas, que sancionan ya la creación de híbridos, quimeras o la transferencia al útero de gametos o preembriones, entre los cuales también podrían incluirse los manipulados genéticamente, indudablemente se configuran como infracciones que prevén, sino ya una lesión al bien jurídico, por lo menos y bajo esa perspectiva, un peligro concreto para éste, lo cual sin lugar a la duda nos parece inaceptable y contrario a la finalidad misma perseguida con esa forma de tipificación.

Se deja la forma más grave y más cercana a la lesión en el ámbito administrativo, y la menos en el ámbito penal ⁷³².

Por ello también bajo los mismo parámetros, no se comprende porqué si se estimó que la conducta de creación de seres humanos idénticos por clonación mereció ser elevada a la naturaleza de bien jurídico penal, cuya realización en teoría lesionaría derechos futuros del individuo así nacido y de la especie humana, identificados, entre otros, en la identidad y diversidad genética, la hipótesis de partenogénesis, a pesar de que en su realización se lesionarían exactamente los mismos bienes jurídicos a través de conductas que constituirían formas de ataque igualmente graves para él, y la hipótesis de transferencia al útero de un ser clonado, en cuyo momento se estaría mucho mas cerca de la lesión de los derechos futuros del individuo o de la especie humana, permanecieron como infracciones administrativas ⁷³³.

⁷³² Por tanto, *bajo ésta perspectiva* sería posible concretar esa finalidad preventiva a través de una tutela escalonada y sistemática de sus distintas áreas o ámbitos, sin dejar de observar respeto por los principios o dogmas que constituyen los axiomas del Derecho penal, si la selección se invierte trasladando el tipo de manipulación de genes y el de fecundación de óvulos sin finalidad terapéutica al ámbito administrativo, y las infracciones administrativas que contemplan la conducta de creación de híbridos, quimeras, a partir de la transferencia al útero de estos u otros embriones, genéticamente modificados, al ámbito penal.

⁷³³ En una dirección similar, BENÍTEZ ORTUZAR; *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 465, opina que sería más lógico tipificar penalmente no sólo la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, sino prolongar esta situación hasta la implantación en el útero, incluyendo las actuaciones con finalidad reproductiva.

Consecuentemente, bajo esta primera orientación podemos afirmar que en la selección que el legislador realizó no se contienen ni las formas más graves de ataque ni las mas cercanas a la efectiva lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, también desde la perspectiva que sustenta el rechazo a la técnica de configuración de tipos de peligro abstracto, y que por ende parte de la idea de que el legislador ha seleccionado las conductas que importan o una lesión y/o un peligro concreto para los bienes jurídicos, la selección de las conductas es igualmente discutible.

Indudablemente, si entendemos que en el delito de manipulación de genes el bien jurídico tutelado es la inalterabilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano en si mismo considerado, la selección alcanzaría a ser calificada como correcta. Empero, si además se considera que en el tipo penal se contiene una doble vertiente que consiste en la protección del mismo bien jurídico bajo una dimensión colectiva referido a la futura persona y a la especie humana, en la selección realizada por el legislador también se echa en falta la criminalización de la conducta consistente en transferir al útero embriones o células manipuladas, en tanto que aquí la proximidad a la lesión al bien jurídico es mayor y mucho más concreta.

También así, en relación a la prohibición de crear un preembrión a través de la fecundación de un óvulo humano, bajo la postura que considera que ello incorpora la protección directa de esa vida humana como bien jurídico, tendríamos que criticar la selección realizada ante lo evidente que resulta el hecho de que mientras esa creación sin finalidad procreativa no lesiona en si aún el bien jurídico, las acciones consistentes en la utilización industrial de preembriones vivos y viables, o sus células, sin fines diagnósticos o para fines cosméticos o semejantes, fuera de los supuestos autorizados por la Ley, si lo hacen.

Es decir, bajo esta otra visión y perspectiva la acción de fecundar un óvulo sin finalidad reproductiva constituye un peligro concreto para el bien jurídico vida humana del preembrión creado, al tiempo que la utilización de los preembriones vivos y viables con fines industriales, cosméticos o semejantes, e incluso la creación de quimeras e híbridos humanos, constituyen ya una efectiva lesión del bien jurídico tutelado y sin embargo, permanecen aún y cuando deberían suponerse más necesarias en el ámbito penal, configuradas sólo como infracciones en el ámbito administrativo.

Consecuentemente, también la selección y posterior configuración como ilícito penal de la acción consistente en la utilización de la ingeniería genética con finalidad de producir un arma biológica o exterminadora de la especie humana es igualmente criticable por dos razones fundamentales; la primera, muy obvia, pues el tipo configurado como

delito de peligro abstracto es contrario a los principios que estimamos deben regir la elaboración de las figuras penales; y la segunda, debido a que en lugar de ello, esa conducta debió permanecer sancionada como infracción dentro del contexto administrativo hasta en tanto el arma biológica o exterminadora no se produzca, momento en el cual, ya como peligro concreto para el bien jurídico, la intervención punitiva se justificaría a través de las figuras penales que se encargasen de la sanción a partir de la tenencia, comercialización o empleo de la misma.

VII) RECAPITULACIÓN.

Sin ánimo de extendernos, vamos a realizar una breve síntesis que recoja los planteamientos decisivos de los cuales ya, implícitamente, se desprenden las conclusiones de ésta primera parte de la investigación.

1. Es de sobra conocido que el Derecho punitivo en un Estado como el español está llamado a prevenir a través de la norma penal la comisión de hechos delictivos como una forma de protección de la sociedad, sin que ello signifique que todo aquél interés jurídico que en la sociedad trascienda o importe deba ser considerado como un bien jurídico penal, o que cualquier forma de ataque a aquellos que si lo sean, merezcan la intervención del Derecho punitivo.

- La determinación de qué interés o intereses jurídicos deben alcanzar la categoría de bienes jurídicos penales, o cuáles de ellos necesitan una protección como la que ofrece el Derecho punitivo frente a las conductas que constituyen un ataque inaceptable para aquél, constituye, precisamente, la labor más trascendente en la creación de las normas penales, de forma tal que *el Derecho penal no puede sino tutelar en exclusiva aquellos intereses surgidos de la realidad social en la medida que su no afección resulta indispensable para el continuo desarrollo social.*

Esa función específica de la norma penal, concretada en la exclusiva protección de bienes jurídicos, debe constituir el fundamento y al mismo tiempo debe trazar un límite permanente al ejercicio del poder punitivo del Estado; es decir, coincidimos en que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe impedir que el poder punitivo del Estado ampare jurídico penalmente intereses que no comprometan las condiciones de desarrollo de la sociedad, y debe a su vez obligar al Estado a otorgar mediante normas punitivas, la protección penal de aquellos intereses cuya tutela resulte indispensable.

- El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha demostrado ser en si mismo insuficiente para realizar la doble función encomendada de límite y fundamento del ius puniendi y para responder la cuestión acerca del merecimiento o no de pena de

una determinada acción que sirva como freno a la actitud criminalizadora del legislador, tal y como lo evidencian las tendencias criminalizadoras actuales de corte preventivo, concretadas en la creación de delitos de peligro abstracto que se asocian a los eventuales efectos o consecuencias que importan riesgos para los intereses colectivos de la sociedad que el Derecho busca evitar que se produzcan sin impedir al mismo tiempo que el avance científico y tecnológico que se derivan de los procesos de desarrollo y modernización científica, tenga lugar, y entre los cuales es posible ubicar los relacionados con la ingeniería genética y reproductora.

Frente a la insuficiencia o ineficacia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos *se ha evidenciado la necesidad de dotarlo de contenido material* a fin de obtener nuevos criterios válidos que orienten al legislador en la selección de bienes jurídicos penales, o lo que es igual, que permitan exigir del Estado deparar protección penal a ciertos intereses y ha no otorgársela a otros.

Con esa finalidad, se distinguieron tres teorías doctrinales con las que se ha buscado conferir de contenido material al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, evidenciándose que si bien ninguna proporciona por sí misma los criterios que ayuden a la concreción del contenido material al concepto y principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en el caso de las teorías *constitucionales*, éstas *si coadyuvan al menos a concretar un criterio de limitación negativo al ius puniendi* a través de los principios reconocidos por la Constitución, de forma tal que el Derecho penal no puede rebasar los límites impuestos por ella, lo cual significó que aún y cuando *las teorías constitucionales* no proporcionan precisamente de contenido al concepto de bien jurídico penal, su puesta en contacto junto con los principios básicos de un Derecho penal llamado a proteger intereses jurídicos que le importan a la Sociedad por cuanto son indispensables para el funcionamiento y desarrollo de las condiciones de participación dentro del sistema social, *si contribuyen a la determinación por la vía negativa de las dos condiciones que un bien jurídico debe reunir para poder alcanzar la naturaleza jurídico penal* y que, siguiendo a la doctrina, se identifican en la importancia social y en la necesidad de protección por el Derecho penal.

- Entendido que el bien jurídico penal, individual o colectivo, es aquella síntesis normativa que sanciona uno o varios conflictos sociales en la medida en la que sirve para el establecimiento de las condiciones fundamentales para el funcionamiento del sistema social referidas a los intereses de los individuos en particular, y cuando su uso, ante la insuficiencia de otros medios, constituye el medio necesario para regular la afección de aquel bien que expresa una ponderación determinada de uno o varios conflictos sociales, *cualquier selección y/o regulación que persiga su tutela, aún y cuando obedezca a tendencias preventivas del Derecho penal, debe buscar mantener coherencia, armonía y*

sujeción a los principios que ordenan y constituyen los apogemas mismos de la parte general del Derecho punitivo.

En ese contexto, subrayamos como para los partidarios de la configuración de delitos de peligro, en especial abstracto, se destacan como argumentos o ventajas para fundamentar o justificar el avance en la barrera de tutela penal, o referida a nuestro estudio, en el adelantamiento del momento de la prohibición de las actuaciones en materia de ingeniería genética o reproductora, aquellas que se traducen básicamente en la idea de que los bienes jurídicos involucrados en el desarrollo de estas particulares técnicas se encuentran expuestos a graves peligros “sólo con la puesta en marcha de determinadas conductas que, casi inocuas en sí mismas comportan la posibilidad de causar resultados, en el mayor número de supuestos, irreversibles....”⁷³⁴. Frente a las ventajas de esa forma de tipificación, otro sector cuestionó si los supuestos concretados en los tipos penales de peligro abstracto se contradicen o resultan incompatibles con principios cardinales que conforman los fundamentos del Derecho penal, particularmente, el referido al principio de ofensividad, por tanto que la punibilidad sólo se hace depender de la comprobación de una conducta peligrosa.

Asumimos que ésta forma o técnica de tipificación - peligro abstracto - si bien resulta acorde con los postulados de un Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho que ha de buscar evitar la realización de resultados, por tanto que no puede condicionar la prohibición de una conducta a un factor como el resultado que es posterior a su posibilidad de evitación, no es menos cierto que ello resulta incompatible con el antedicho principio de ofensividad del Derecho penal al no requerirse la comprobación de la concreta ofensa al bien jurídico ni de la efectiva peligrosidad del hecho realizado, siendo manifiesta la lejanía o falta de sujeción al principio destacado al contemplarse supuestos en donde la sanción penal se adelanta a un momento muy anterior al resultado de lesión, e incluso al de la puesta efectiva y concreta de un peligro para el bien jurídico, y que significa, recordando a HASSEMER, que el control penal deja de ser una respuesta a acciones malvadas y se convierte tendencialmente en una protección colateral del Derecho administrativo.

No obstante la incompatibilidad de la protección penal a través de la creación de tipos de peligro abstracto con los principios clásicos del derecho punitivo, advertimos, ello no significa que el legislador deba renunciar a la concreción de un efectivo marco normativo que comprenda la exigencia derivada del régimen constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho de prevenir la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, en especial los colectivos, que surgen cada vez más en el ámbito del desarrollo científico y de los avances tecnológicos, sino que el marco adecuado para

⁷³⁴ Peris Riera: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 113.

la realización de esa función, y de ahí para la configuración de tipos de peligro abstracto, debe considerarse en el ámbito del Derecho administrativo y no del Derecho penal.

2.Dadas sus diferencias, comprendimos que debe entenderse a la ingeniería genética como un todo - género - dentro del cual las técnicas de experimentación, investigación y manipulación genética son sólo una parte - especie -, ubicando a las técnicas de reproducción asistida dentro de un renglón independiente, bajo el rubro de "ingeniería reproductora". Es decir, sólo aquellas técnicas de ingeniería genética que sean capaces de alterar o modificar el contenido genético del ser humano o de la especie humana podrán ser referidas dentro del concepto de manipulación genética, y por el contrario, si el empleo de una técnica genética determinada no puede modificar o alterar contenido genético alguno, podrá, a lo sumo, ser ubicada dentro de la ingeniería genética.

- El desarrollo de las técnicas de ingeniería genética mantiene una íntima relación con el desarrollo de la técnicas de la medicina reproductiva, y trae aparejado no sólo la obtención de mayores conocimientos médicos, científicos y terapéuticos, sino que además conlleva a la aparición de nuevas situaciones de riesgo y de conflicto entre diversos intereses jurídicos en distintos ámbitos que el Derecho debe, ineludiblemente, acotar a través de la efectiva ponderación y determinación sobre de la preeminencia jurídica de unos intereses sobre otros, por medio del instrumento de la norma.

En otras palabras, el análisis de las técnicas de ingeniería genética, en especial de las técnicas recombinantes del material genético, junto con sus particulares y específicas aplicaciones, muestran los beneficios y riesgos potenciales que de tales se vislumbran para los seres humanos, y permiten apreciar las formas en que el desarrollo de cada una de sus variantes son capaces de generar determinadas relaciones conflictuales con toda una gama amplísima de distintos intereses sociales y/o de diversos derechos fundamentales, de entre los cuales se destacaron; el derecho fundamental a la investigación y creación científica - soporte constitucional de las prácticas y desarrollo de las técnicas de ingeniería genética -; el derecho fundamental a la reproducción humana, que según vimos se encuentra derivado del derecho fundamental a la libertad, en el derecho a la intimidad personal o familiar y en el derecho a fundar una familia - soporte constitucional del empleo de las técnicas de reproducción asistida -; y el derecho fundamental a la salud, a la vida y a la integridad de "todos" los seres humanos, incluyendo los relacionados o incorporados en el embrión humano preimplantatorio, así como de la especie humana, entre otros.

- Todos los derechos fundamentales, incluyendo los que son objeto de relación conflictual en el desarrollo de las técnicas de ingeniería genética y reproductiva, tienen,

como cualquier otro derecho, límites que se encuentran en la misma Constitución a través de su articulación con otros derechos, o a través de los límites que resultan de su propia naturaleza, y que en éstos casos, ellos (los límites) aparecen o desaparecen en función de la técnica de ingeniería genética o de reproducción asistida empleada y de ahí, por la forma en que inciden en el ser humano, particularmente en el nasciturus, preembrión, embrión o feto.

- Sólo es posible inequívocamente admitir, a partir de la distinción entre la experimentación humana terapéutica y la no terapéutica, aquella práctica experimental que no pretenda utilizar al ser humano vivo sólo como un medio para la consecución de cualquier fin ajeno a su propio beneficio.

Extrapolando ese principio a nuestro tópico, afirmamos que las intervenciones de manipulación genética en las células diferenciadas sobre los embriones, fetos o personas, sólo podrán calificarse como lícitas cuando su utilización vaya precedida de una actitud terapéutica que persiga reparar o evitar un daño para la integridad física, la vida y/o la salud del ser humano en sí mismo considerado, o bien, en el caso de las intervenciones en las células no diferenciadas - gametos o en el preembrión portador de células todavía totipotenciales - en que los efectos de la intervención, traducidos en la alteración del contenido genético, trascienden más allá del objeto y sujeto humano sobre el que se proyecta la acción, cuando las intervenciones busquen o persigan evitar la transmisión o el desarrollo futuro de una enfermedad, dolencia o malformación en el ser humano.

- La descripción y conocimiento acerca de las particularidades inherentes a las técnicas de ingeniería genética, en general vinculadas a la reproducción humana, y en particular las consistentes en la intervención y manipulación genética, terapéutica y no terapéutica, en células, gametos, preembriones, embriones o fetos humanos, la selección genética, la clonación, el diagnóstico genético, la hibridación, la creación de quimeras, etc, desencadenaron en el establecimiento de una serie de premisas, básicas para la reflexión jurídica, y que concretamos en lo siguiente:

A) Las intervenciones de contenido genético pueden ser de selección o de alteración del contenido genético, y se diferencian en torno al fin perseguido en terapéutico y no terapéutico produciendo distintas consecuencias, materiales y valorativas, en orden a sus aplicaciones.

La intervención selectiva se concreta en la imposición de determinadas características sobre un futuro preembrión, embrión, feto y persona, mediante el uso de específicos gametos seleccionados para la práctica de la técnica de reproducción asistida, misma que es calificada como terapéutica cuando persigue evitar la

transmisión de enfermedades en los futuros seres humanos mediante la no utilización de gametos portadores de tales enfermedades, o bien como no terapéutica, cuando la selección de los gametos a utilizar en la técnica de reproducción asistida no obedece sino a razones que comportan una clara finalidad eugenésica que se concreta en la búsqueda del nacimiento de seres humanos con características particulares o consideradas superiores.

Las intervenciones que conllevan alteración genética se pueden realizar en células diferenciadas - células de la línea somática - o en células no diferenciadas - células de la línea germinal - como son los gametos, o como resultan ser las células de la etapa preembrional o las células madre contenidas incluso en los seres humanos ya nacidos, apreciándose importantes diferencias valorativas entre unas y otras por tanto que las modificaciones al contenido genético de las segundas extienden sus efectos más allá del objeto o del sujeto intervenido.

- Señalamos que la licitud de la manipulación genética con finalidad terapéutica establecida en el Ordenamiento español, llevada a cabo a través de la intervención genética terapéutica sobre células diferenciadas o no diferenciadas, se estima acorde con los principios dogmáticos y normativos de protección del ser humano aún y cuando importa o conlleva la alteración del genotipo humano, esto es, de la persona en si misma o de las futuras generaciones de los seres humanos. En consecuencia, afirmamos que la finalidad terapéutica representa el marco permisivo único de cualquier técnica capaz de trastocar el contenido genético de los seres humanos y/o de la descendencia, y que esa afirmación esta avalada por el mismo texto constitucional que reconoce el derecho a la integridad física y moral, permitiendo así, desde nuestra perspectiva, las acciones manipuladoras curativas.

Por lo tanto, la alteración del contenido genético de un ser humano se justifica plenamente en función de que la salud forma parte de la dignidad humana y posibilita el libre y mejor desarrollo de la personalidad y del resto de los derechos fundamentales.

En sentido inverso, la falta de finalidad curativa deslegitima la alteración del contenido genético humano en cuanto se convierte en una intervención de mejora con carácter eugenésico que trastoca las características básicas del ser humano, (salvo en el caso en que la persona consienta la alteración de su contenido genético en el marco de las células de la línea somática) lesionando, por ende, aquellos derechos vinculados al ser humano y a la especie humana concretados en la inalterabilidad de su patrimonio genético y a su identidad genética, entre otros.

B) La clonación humana se distingue en función del objetivo perseguido en: "clonación no reproductiva" y en "clonación humana reproductiva", y en ningún

caso, particularmente referido a ésta última, implica “per se” manipulación o alteración del contenido genético humano.

- La clonación humana no reproductiva, incluso con la finalidad “terapéutica” de obtener cultivos celulares o de órganos, plantea un conflicto jurídico al haberse creado un preembrión humano sólo con la finalidad de generar tejidos y no individuos; así mismo, la clonación humana no reproductiva con la misma finalidad terapéutica, realizada a partir de células madre, obtenidas, no de un preembrión humano sino de órganos de seres humanos ya nacidos, como el cerebro o la médula ósea, plantea también el problema de haber creado un preembrión con una finalidad ajena a su propio desarrollo - la procreación - en la medida que a éstas células se les considere, una vez colocadas en el ambiente adecuado para su desarrollo, como células embrionarias.

- La clonación reproductiva humana debe observarse y legitimarse como una técnica no convencional (aún) de reproducción asistida que se justifica en la finalidad terapéutica asociada al tratamiento de la infertilidad humana y a la salud de un futuro ser humano.

Así, son inatendibles en el caso de la clonación humana reproductiva por medio de la **gemelación artificial** los argumentos prohibitivos hasta ahora esgrimidos, en particular, el basado en el supuesto conflicto planteado entre el derecho a la reproducción humana incorporado en la finalidad reproductiva y el derecho a la individualidad e identidad genética de los seres humanos; e igualmente, la clonación humana reproductiva a través de la transferencia del núcleo de una **célula embrionaria o fetal** a un óvulo enucleado, con finalidad de evitar la transmisión, al futuro ser humano y futura persona, de una enfermedad hereditaria, se estima no constituye una práctica que deba ser desaprobada por el Derecho. De igual forma, se rechazan la gran mayoría de los argumentos en contra de la clonación reproductiva a partir de una célula diferenciada proveniente de un ser humano ya nacido, en especial el relativo a la instrumentalización del preembrión humano, admitiéndose sólo aquel argumento por el que se plantea que en éste tipo de clonación se podría sugerir un conflicto entre el derecho a la procreación humana a través del uso y aprovechamiento de los avances médicos y científicos, frente al derecho a la integridad física del clon - la futura persona - así generada, que podría verse comprometida en el futuro como consecuencia del advenimiento de diversos efectos secundarios capaces de minar su integridad.

C) El diagnóstico genético preimplantatorio y prenatal generan conflictos jurídicos que se enfrentan también en torno a los intereses incorporados al preembrión, embrión o feto humano sobre el que se practica.

- Observamos que en el caso en que el diagnóstico prenatal revele la existencia de una enfermedad presente en el embrión o feto que no sea curable, o la posibilidad de que ésta se desarrolle en el futuro, la Ley resuelve ese conflicto en favor de los intereses de los progenitores, autorizando la destrucción del embrión o feto a través del aborto eugenésico no punible.

- Mientras tanto, aún y cuando por estricta analogía también la Ley ha hecho prevalecer los intereses de los progenitores a tener descendencia sana sobre el interés que comporta en si mismo el preembrión humano enfermo o no viable, la práctica en si misma del diagnóstico genético preimplantatorio presenta conflictos jurídicos particulares en la medida en que para su desarrollo se requiera generar un preembrión con la exclusiva finalidad de practicar en él, el diagnóstico genético que habrá de destruirlo.

D) En la creación de seres híbridos - hombre - animal o en la creación de quimeras humano u animal se asocian riesgos para la autenticidad, identidad e inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana, e incluso también para la vida así generada incorporada en el producto de la fecundación entre gametos o entre la fusión de embriones de distintas especies, y que sería objeto de instrumentalización y destrucción.

3. Identificamos los intereses jurídicos en conflicto que nacen y convergen como consecuencia del desarrollo y práctica de las técnicas de ingeniería genética y reproductiva reseñadas a partir de los cuales el legislador tuvo que configurar, realizando la ponderación entre unos y otros, los bienes jurídicos tutelados.

Atestiguamos que en la gran mayoría de los supuestos quedan involucrados los gametos humanos y el preembrión humano extracorpóreo, lo cual significó que el legislador español requirió considerarlos para realizar la síntesis conflictual cuando configuró, a través de las normas administrativas, los bienes jurídicos. Por lo tanto, a nosotros interesó saber qué fue lo que el legislador consideró, es decir, qué tipo de interés jurídico le representaron esas realidades humanas y a partir de ahí, cómo decidió su tutela.

- Por lo que se refiere a los gametos, el marco permisivo para la experimentación e intervención de cualquier naturaleza, incluso genética, en los gametos humanos, siempre y cuando no se utilicen para la fecundación, nos obligó a afirmar que el objeto de protección se encuentra en los derechos futuros, individuales de la futura persona o colectivos de la especie humana, y que se identifican en el derecho a un patrimonio genético no alterado y a la identidad genética humana. Bajo ésta premisa, estimamos coherente el Ordenamiento jurídico cuando permite la actuación prácticamente ilimitada

sobre los gametos humanos mientras no sean utilizados para fecundar un óvulo, es decir, en la medida en que la conducta se mantenga lejos de la posibilidad de poner en peligro concreto o de lesionar el bien jurídico protegido.

- En cambio, en relación al preembrión humano las normas administrativas referidas a él no permiten observar con claridad la naturaleza de la protección jurídica dispensada, por lo que hubo de preguntarse si la ratio legis de las normas que constituyen límites a la experimentación e investigación en ellos obedecen a que el legislador consideró la vida inherente a dicha realidad humana en ese momento de su desarrollo como uno de los intereses jurídicos conflictuales a considerar y proteger, o si esos límites marcados a la experimentación o investigación sobre los preembiones humanos en las normas administrativas obedecen, *también o sólo*, a la necesidad de regular otros intereses jurídicos que trascienden al preembrión humano en si mismo considerado.

Examinamos la interrogante a partir del análisis de las diversas y antagónicas posturas biológico científicas que se disputan el establecimiento del momento inicial o inaugural de la existencia de la vida humana, y a partir del conocimiento y descripción de esa realidad científica, del desarrollo jurídico y doctrinal que ha tenido en España el derecho a la vida.

Coincidimos que al Derecho debe interesar mas determinar, no cuándo comienza la vida humana, sino a partir de la descripción de los datos biológicos y científicos existentes, concretados en los dos momentos o posturas; - fecundación - anidación - cuándo ésta debe ser protegida, o lo que es igual, cuál de entre esos dos momentos resulta ser el mas conveniente para reconocer jurídicamente el inicio de la vida humana en dicha realidad biológica, y de ahí, el momento a partir del cuál resulta más conveniente que el Derecho intervenga.

Analizamos el desarrollo del contenido del artículo 15 de la CE y observamos que la vida humana es un derecho fundamental protegido por ese artículo 15 CE, del cual el ser humano ya nacido es titular. A partir de ahí, cuestionamos si el derecho a la vida del concebido pero aún no nacido, en cualquier estadio de su desarrollo - preembrional, embrional o fetal - está o no comprendido en ese artículo constitucional, acudiendo para responder ello al análisis del conjunto del marco normativo así como de tres sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, siendo estas: la STC 53/1985 de 11 de abril; la STC 212/1996 de 26 de diciembre, y; la STC 116/1999 de 17 de junio.

- De la primera sentencia se desprendió con **certeza** que ni el *embrión* ni el *feto* son titulares del derecho la vida, **sino que su vida es sólo un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la CE** del cual “nadie es titular”. Adicionalmente, observamos que

en la sentencia el TC no se concretó en señalar a partir de qué momento debe intervenir el Derecho penal para efectos del delito de aborto, sino que además afirmó, basándose en argumentos biológico científicos, que la vida humana es un proceso que comienza con la gestación, sin precisar a que se refería con ello, esto es, si se refería a la fecundación o a la nidación del cigoto en el útero materno.

Es decir, destacamos que el TC en lugar de sólo señalar cuándo debe comenzar la protección de la vida humana para efectos del delito de aborto, se pronunció ambigualmente sobre el momento en que la vida humana como proceso biológico comienza, lo cual nos llevó irremediablemente a la necesidad de examinar, al margen de las consideraciones en torno a la despenalización del aborto cuyo tópico era el objeto de la sentencia, las consecuencias que acarrea entender que biológicamente la vida humana comienza con la gestación entendida tanto como anidación cuanto como fecundación, para efectos de su protección, pues somos de la opinión que una cosa muy distinta es sostener que la vida del preembrión humano no sea un bien jurídico constitucionalmente protegido - lo que no significa que esa vida no pueda o deba ser un bien jurídico tutelado por la norma administrativa o penal -, y otra muy diferente es que se afirme que el preembrión humano no es biológicamente una vida humana, lo cual si genera consecuencias en la elaboración de la norma, y de ahí, en la imposibilidad de configurar lo inexistente, esa vida humana, como un bien jurídico protegido.

En esencia se destacó que el análisis y asunción de una de entre las posturas derivadas de esa sentencia sería necesaria para la elucidación e interpretación de la ratio legis de la norma secundaria y de ahí, la precisión y comprensión del estatuto jurídico general de la vida en formación, pues si para el Ordenamiento jurídico, biológicamente el comienzo de la vida humana da inicio hasta que ocurre la anidación, significaría reconocer que las limitaciones normativas sobre la experimentación e investigación referidas a los preembriones humanos en el contexto jurídico español obedecen o se explican exclusivamente como una forma de protección preventiva de ciertos derechos de las futuras personas o de la especie humana antes de que puedan ser lesionados, o lo que es igual, que la vida humana preembrional no puede ser considerado uno de los intereses en conflicto (pues todavía no existe) y que la normas que limitan las actuaciones en preembriones no apreciados ni protegidos como vida humana se corresponden a una configuración de supuestos de peligro para "otros" bienes jurídicos que se estiman involucrados, que a la sociedad importan y que al embrión trascienden.

Contrariamente, avistamos que si el momento en que el inicio biológico de la vida humana preembrional se ubica desde la fecundación, ello vendría a posibilitar interpretar las normas que imponen limites, restricciones o prohibiciones a la experimentación e investigación de preembriones humanos como una forma de protección del embrión humano en cuanto tal, y por tanto, que las actuaciones

practicadas sobre él que implicasen su destrucción o que imposibilitasen su implantación y futuro nacimiento, se encontrarían en una relación conflictual con ese interés, bien jurídico constitucionalmente protegido, vida humana.

En suma, coincidimos en que el criterio de la fecundación permite explicar y comprender la protección directa y también indirecta dispensada, pero requiere acudir a la justificación dogmática para legitimar el desarrollo de la actividad científica que comporte la destrucción de vidas humanas en sus primeros estadios, y por el otro lado, que el criterio de que la vida humana y su protección constitucional comienza hasta la anidación, permite entender la protección indirecta y no requiere acudir a esa justificación dogmática para legitimar la práctica de las técnicas que conlleven la destrucción de los preembriones humanos, pero hace incomprensible los límites impuestos a través de las disposiciones relacionadas con ésta realidad humana que no son capaces materialmente de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que trascienden a la figura del preembrión humano.

- La segunda sentencia corroboró que tanto la vida del embrión cuanto del feto humano se encuentran protegidas como un bien jurídico constitucional dentro del marco del artículo 15 de la CE. No obstante, la parte medular o substancial de dicha sentencia consistió en que el TC confirmó la licitud de la intervención y/o experimentación no terapéutica sobre aquellos embriones o fetos vivos que sean incapaces de desarrollarse hasta dar lugar a una persona, por considerar que ello no contradice o viola esa protección a la vida derivada del artículo 15 CE, al asimilar de facto al embrión o feto no viable, con el embrión o feto muerto.

Por ello señalamos que, si bien el hecho de que se permita investigar o experimentar cuando habiendo vida no hay viabilidad podría ser un indicativo de que no es la vida lo que se protege sino derechos futuros que podrían derivarse de un preembrión viable con posibilidad de nacer, ello no obsta para afirmar también que el hecho de que se prohíba la investigación y experimentación en un ser humano en sus primeros estadios de desarrollo, vivo y viable, hace suponer que frente al derecho a la investigación y experimentación científica el bien jurídico constitucional vida humana no cede sino hasta el momento en que ella desaparece, de forma tal que el criterio de no viabilidad vendría a constituir análogamente, así como acontece en el ser humano ya nacido a través del criterio de la muerte cerebral, un criterio biológico normativo de muerte referido específicamente a ese estadio del desarrollo vital.

- La tercera sentencia resultó ser la más ambigua y en la que con mayor claridad se evidenció la intencional renuencia del TC a adquirir una posición u compromiso definido. De ella, a diferencia de lo ocurrido respecto al embrión y feto humano, sólo es posible aseverar con certeza que tampoco el preembrión humano es

titular del Derecho a la vida del artículo 15 de la CE, pero es incierta y por ello no unívoca, a nuestro juicio, la determinación de si la vida del preembrión humano ha sido o no considerada como un bien jurídico protegido del artículo 15 de la CE.

- Finalmente, analizamos los diferentes supuestos regulados en la Ley 35/1988 relacionados con la reproducción asistida y la investigación y la experimentación sobre los preembriones humanos, advirtiéndose en términos generales que, por un lado, se prohíbe investigar o experimentar en preembriones vivos y viables, pero por el otro, se permite investigar en preembriones muertos y en preembriones vivos pero no viables; que se permite la práctica de aquellas técnicas de reproducción asistida que comporten la destrucción de preembriones humanos pero al mismo tiempo se prohíbe la creación de un embrión sin esa finalidad procreativa, y; que se prohíbe investigar o experimentar en los preembriones sobrantes - vivos y viables - que son criopreservados, pero al mismo tiempo se sugiere su destrucción una vez excedido el plazo máximo establecido para su criopreservación.

Es decir, por un lado el conjunto normativo permite inducir que al embrión se le protege en tanto que es una vida humana, mientras que por el otro lado igualmente induce a pensar que al embrión se le protege en tanto que es portador de otros bienes jurídicos que lo trascienden. Dicho lo mismo en otras palabras, arribamos a la conclusión que, de lege lata, el Ordenamiento jurídico - administrativo y penal - dispensa una protección jurídica directa al preembrión humano, en ocasiones dispensa una protección indirecta y, finalmente, en específicas circunstancias, sencillamente no lo protege.

Tomando todo ello en consideración, asumimos posición concluyendo que *si cabe considerar la vida del preembrión humano como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE, pero que ello no significa ni que el legislador ordinario esté obligado a configurar infracciones administrativas o tipos penales para proteger ese bien jurídico constitucionalmente protegido*, en virtud de que esto último sólo se resuelve mediante el uso de los principios del Derecho penal y mediante el empleo de criterios de Política criminal, ni que toda norma administrativa referida al preembrión que limite y regule la actuación sobre ellos busque siempre protegerlo sólo en cuanto vida humana, sino, simple y sencillamente, que en la síntesis de las relaciones sociales conflictuales necesarias para la configuración de los bienes jurídicos que surgen del desarrollo de la ingeniería genética y la medicina reproductiva, la vida del preembrión humano tuvo que ponderarse como uno de esos interés en conflicto de manera tal que, o bien en ocasiones se constituirá como un límite normativo al ejercicio de otros derechos, o que en otras circunstancias, deberá ceder frente a la existencia de otros intereses.

Así entendido, nos adherimos a la opinión, y la estimamos criterio rector básico de nuestra reflexión; jurídicamente es posible que un *bien jurídico constitucionalmente protegido* sea sacrificado para legitimar el ejercicio legítimo de un *derecho fundamental*, lo cual nos permitió sostener que aún y cuando se afirme que biológicamente la vida humana y su protección constitucional comience a partir de la fecundación, la permisibilidad de aquellas técnicas que conlleven la destrucción de los preembriones humanos puede traslucirse mediante la justificación dogmática, esto es, afirmando que el Derecho ha decidido tolerar la eliminación de vidas humanas en los primeros estadios sacrificando un bien jurídico protegido cuando ello resulte absolutamente imprescindible para el desarrollo de un derecho fundamental que se considere apropiado o necesario favorecer.

O lo que es igual, que no requiere negarse su condición de vida humana para que la protección del preembrión humano no sea absoluta, deba graduarse y pueda no prevalecer en específicos y determinados supuestos.

Esta discusión doctrinal la observamos, básicamente, a través de dos posturas en las que, por un lado, para un amplio sector si bien ni duda existe que aparecen intereses dignos de tutela en los primeros estadios del desarrollo de la vida humana, justamente en el momento anterior al instante en que ésta se configura como objeto jurídico del delito de aborto, ello no les significa que ese germen de vida en si mismo considerado alcance una valoración como para merecer protección penal por tanto que, según se observó, para dicho sector existe imposibilidad de proteger al óvulo fecundado en cuanto vida humana en virtud de que ello lo consideran incompatible con la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida ante la amplia admisibilidad de la pérdida de preembriones que en el contexto de la reproducción asistida se debe llevar a cabo; consecuentemente, se oponen a que la vida del preembrión pueda sintetizarse como un bien jurídico penal y considerar su destrucción como una conducta típica susceptible de estar justificada.

Frente a esto, el otro sector, ciertamente minoritario, criticó el hecho de que el legislador sólo haya considerado esa conducta en el ámbito penal habiendo excluido del elenco de las figuras penales aquellas que se encuentran vinculadas a ataques contra el embrión in vitro, ello debido no solo al valor y simbolismo que en si mismo cada embrión humano posee, sino porque indudable resulta que existen bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal de jerarquía innegable e indudablemente inferiores.

Ante tal panorama, en resumen, insistimos en que si bien la protección directa contenida en la prohibición de fecundar óvulos con fines distintos a la procreación **a través del Derecho penal** no era del todo necesaria, ello no obsta para afirmar que esa u otra protección directa - administrativa o incluso penal - no sería incongruente frente al marco permisivo de la destrucción de embriones en el ámbito de las técnicas de

reproducción asistida, pues una cosa es que el Derecho persiga proteger al preembrión para impedir su anticipada y calculada destrucción a través de cualquier forma de instrumentalización, y otra es que el Derecho decida no intervenir frente a aquellas acciones que no buscan su destrucción, a veces necesaria, en la consecución de otros limitados fines.

En otras palabras, *sí en todo caso cabría considerar el Ordenamiento jurídico como incongruente, no es por el hecho de otorgar una protección directa del preembrión a través de normas como la que establece la prohibición de fecundar óvulos con fines distintos de la procreación y al mismo tiempo permitir el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en las cuales muchos de ellos deben destruirse, sino por el hecho de prohibir en el ámbito penal justamente su creación para fines ajenos a la procreación, evitando su futura instrumentalización, y sólo sancionar en el ámbito administrativo la instrumentalización e utilización, presente, de esos embriones*⁷³⁵.

Por eso nos manifestamos partidarios a considerar compatible una configuración del bien jurídico - vida del preembrión - a través de normas como la que prohíbe su creación con fines ajenos a la procreación (que si bien es cierto debería regresar al ámbito administrativo) y las técnicas de reproducción asistida, por cuanto que, ya se dijo antes, no es igual crear para destruir o utilizar destruyendo, que la destrucción que acontece como consecuencia de una conducta originalmente lícita.

4. Determinado que el embrión preimplantatorio en si mismo considerado en tanto vida humana constituye uno de los intereses jurídicos a escrutar en la síntesis de las relaciones sociales conflictuales que el legislador, a partir de una efectiva y justa ponderación de todos los intereses en juego, debió llevar a cabo, enunciamos las situaciones concretas que se encuentran en conflicto como consecuencia del desarrollo de todas las técnicas descritas y la forma en que, de lege lata, a través de las normas e infracciones contenidas en las leyes 35 y 42 de 1988, el legislador decidió resolverlos, dando lugar a la creación y configuración de los bienes jurídicos.

Los conflictos se concretaron del enfrentamiento entre el interés jurídico al desarrollo, producción y creación científica, inmanente a las acciones de manipulación genética de un ser humano no terapéutica, de liberación de microorganismos

⁷³⁵ El punto Nº 38 de la Resolución del Parlamento Europeo relativo a los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética pedía la tipificación y/o criminalización de ésta conducta de utilizar embriones o fetos con fines comerciales e industriales, hipótesis en la cual consideraron quedaría incluida tanto la producción de embriones in vitro con ese fin, cuanto la importación de embriones o fetos de o a terceros países. Así mismo, el legislador francés si siguió esa Resolución y tipificó en el artículo 511-17 del CP, tanto la concepción in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales, cuanto la utilización con esos mismo fines de los embriones humanos.

modificados al medio ambiente, de la investigación, experimentación y utilización no terapéutica de y en preembriones, embriones y fetos humanos vivos y viables, de la partenogénesis, ectogénesis, hibridación y producción de quimeras, vs el interés a la **inalterabilidad del patrimonio genético humano**, a la **supervivencia de la especie humana** a la **vida e integridad física del preembrión, embrión, feto y persona humana**, a la **diversidad genética de la especie humana**, y a la **identidad genética de los seres humanos** así como de la especie humana; entre el interés jurídico a un patrimonio genético humano no alterado, consubstancial a la acción de manipulación genética con finalidad terapéutica, vs el interés a tener **descendencia sana y/o a la salud e integridad física del ser humano en si mismo considerado**; entre el interés o **derecho a la procreación humana**, a través de técnicas asistidas de reproducción a partir del preembrión extracorpóreo vs el interés o derecho a la vida humana del embrión así generado que tendrá que destruirse como consecuencia propia del desarrollo y aplicación de la técnica, y el derecho del ser humano en cuanto futura persona, fruto de la técnica de reproducción asistida, al conocimiento de su origen biológico; entre el derecho a la procreación humana a través de la clonación reproductiva, conceptualizada como una técnica no convencional de reproducción asistida vs el **derecho a la identidad e irrepetibilidad del ser humano así como de la integridad física de la futura persona y de la diversidad y variedad genética de la especie humana**, y finalmente; entre el **derecho a tener descendencia sana**, cuyo fin es inseparable al diagnóstico genético pre y post implantatorio vs el derecho a la vida del preembrión, embrión y feto, *mismos que se resolvieron, según apreciamos, dando prioridad en ocasiones a unos sobre otros, y sin recurrir en principio a la ultima ratio de la norma penal.*

5. Atendimos a las diversas posturas doctrinales planteadas que discurrían en dos direcciones: a) si los bienes jurídicos ya creados y establecidos a partir de la síntesis conflictual en las infracciones administrativas de las leyes de 1988 se encontraban o no suficientemente garantizados sin la intervención del Derecho penal, ello es; si esos específicos bienes jurídicos amenazados por concretas conductas o modalidades de la acción humana en los ámbitos de la ingeniería genética y reproductora, merecían y necesitaban ser protegidos a través de la conminación que constituye la pena, y; b) si en la selección realizada a raíz de la criminalización de algunas de ellas se recogieron o no las modalidades más graves e intolerables y que tienen mayor poder de lesionar o poner en peligro al bien jurídico configurado.

Observamos que si bien las respuestas tendrían que darse guardando coherencia con los principios básicos que ordenan al Derecho penal y atendiendo a criterios de Política criminal, en realidad ellas se encuentran también condicionadas a la concepción previa de la función que del Derecho penal se tenga asumida.

Por lo tanto, a partir de esa premisa buscamos determinar si en la selección realizada se recogieron o no las formas más lesivas de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, concluyendo, una vez revisados los antecedentes legislativos inmediatos que dieron origen a la conformación tanto de los actuales artículos 157 y 158 del CPE, cuanto de los artículos 159, 160, 161 y 162 contenidos dentro del Título V Libro II del mismo CPE de 1995, y sin entrar aún al estudio dogmático de las figuras penales, que desde cada una de las posturas acerca de la función del Derecho penal, la respuesta acerca del acierto o no sobre la selección de las conductas es en lo general negativa pues han permanecido en el ámbito administrativo conductas más serias y próximas a la lesión para los bienes jurídicos que las conductas penalmente tipificadas, dejándose las formas más graves de ataque y más cercanas a la lesión del bien jurídico en el ámbito administrativo y las menos en el ámbito penal.

VIII) CONCLUSIONES PRIMERA PARTE.

Del desarrollo de la investigación es posible extraer una infinidad de conclusiones ante el agregado de posiciones que en cada uno de los no pocos temas examinados se mencionaron. Sin embargo, aquí corresponde concretar sólo aquellas que, dada la estructura no mecanística que en éste trabajo se pretende, puedan por un lado expresar los puntos de vista esenciales de las cuestiones investigadas y por el otro, puedan servir como premisas para el desarrollo final de la investigación, y que se corresponde con lo que es en sí mismo la razón de ser de este texto, el Derecho penal.

I) Si bien el legislador español agotó previa y correctamente antes de decidir su criminalización el ámbito administrativo cuando sintetizó el conflicto de intereses generados a partir del desarrollo de las técnicas de ingeniería genética y de ingeniería reproductiva, dando lugar a los bienes jurídicos tutelados, en el proceso de elaboración de los delitos que se contienen en el Título V, Libro II del Código penal vigente, no existió, ni claridad sobre las razones que tuvo, ni acierto en la selección que hizo de las conductas que recogió de las infracciones administrativas contenidas en las leyes de 1988, en donde permanecen conductas de igual o mayor gravedad para los bienes jurídicos, que aquellas cuya tutela elevó a la naturaleza criminal.

II) El marco normativo de la función preventiva que recoja la exigencia de un Ordenamiento correspondiente a un Estado Social y Democrático de Derecho de evitar la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos debe concretarse sin afectar los principios elementales del Derecho penal. Por esa razón, dado que la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto es incompatible con el principio de ofensividad del Derecho penal, ha de ser en el ámbito del Derecho administrativo en que la tipificación de infracciones de peligro abstracto como forma adelantada de protección de bienes jurídicos debe realizarse.

III) La finalidad terapéutica representa el marco permisivo único de cualquier técnica o procedimiento capaz de trastocar - manipular - el contenido genético de los seres humanos y/o de la descendencia. Esta afirmación se encuentra avalada por el mismo texto constitucional que reconoce el derecho a la integridad física y moral, y que por tanto constituye el marco permisivo de las acciones manipuladoras curativas. A contrario sensu, la falta de finalidad curativa deslegitima la alteración del contenido genético humano en cuanto se convierte en una intervención de mejora con carácter eugenésico que trastoca las características básicas del ser humano, lesionando aquellos derechos vinculados al ser humano y a la especie humana concretados en la inalterabilidad del patrimonio genético y en la identidad genética.

IV) En ese orden de ideas, la ratio legis de la prohibición de utilizar gametos empleados en la investigación y/o experimentación para la reproducción humana, se encuentra en el compromiso con el patrimonio genético del ser humano y de la especie humana, así como con la integridad física del futuro ser humano, mientras que las limitaciones referidas a la investigación, experimentación, manipulación o cualquier forma de actuación sobre los preembriones humanos vivos y viables en el contexto de la ingeniería genética y reproductora, se censuran en la medida en que suponen, además de un compromiso con el genotipo o patrimonio genético de la descendencia y/o especie humana, un compromiso con el ser humano en sí mismo considerado.

V) La permisibilidad de las actuaciones de investigación o experimentación no terapéuticas sobre los preembriones, embriones y fetos humanos vivos pero no viables se explica en la medida en que estas actuaciones ya no suponen un atentado ni contra su vida ni contra los bienes jurídicos que se consideran trascienden la figura de dichas realidades humanas por tanto que, en cuanto no viable, ésta, su vida, normativamente no existe, ni tampoco, consecuentemente, es posible ya, ante la imposibilidad de que se desarrollen o continúen desarrollándose en un ambiente biológicamente adecuado, poner en peligro o lesionar aquellos intereses o bienes jurídicos que trascienden a esos seres humanos.

VI) No hemos pretendido recurrir al texto constitucional para resolver la cuestión de la protección - penal o administrativa - del preembrión o para demandar alguna clase de protección jurídica, sino para conocer cuál es en principio la naturaleza jurídica de ese sujeto objeto de derecho. Llegamos a la conclusión de que la vida del preembrión humano fue considerada y se constituyó en uno de los intereses conflictuales a considerar en la configuración de los bienes jurídicos que surgen del desarrollo y tensión de las técnicas de reproducción asistida y de la ingeniería genética, a pesar incluso de que esa misma realidad que surge a partir de la fecundación no haya sido considerada para los efectos de la protección del delito de aborto. Por ende, el que la fecundación no sea el criterio rector que marque el inicio de la protección jurídica desde la perspectiva del delito de aborto, no tiene nada que ver para que, desde otra perspectiva, no pueda o deba serlo para la protección del preembrión humano en cuanto tal.

El Ordenamiento jurídico a través de las disposiciones de la Ley 35/1988 ha establecido una "marco jurídico ecléctico" por medio del cual; ha decidido dar **prioridad al bien jurídico concretado en el derecho a la reproducción humana sobre el bien jurídico vida** incardinado en el preembrión humano, permitiendo el sacrificio de preembriones humanos en la medida en que ello es necesario para

conseguir la procreación; ha decidido dar **prioridad al bien jurídico vida humana** inherente al preembrión humano sobre el bien jurídico concretado en el derecho a la investigación y creación científica, limitando y prohibiendo la experimentación, investigación y demás usos industriales o comerciales sobre preembriones humanos vivos y viables por cuanto ello afecta directamente a esa realidad humana y, eventualmente, a otros intereses que lo trascienden; y ha decidido permitir la experimentación, investigación y utilización de preembriones vivos pero no viables, por tanto que ha entendido que en el preembrión no viable no existe ya, normativamente, vida humana.

Por lo tanto, ha dispuesto y considerado necesario limitar las actuaciones sobre el preembrión humano para protegerlo, en ocasiones, en cuanto vida humana, en otras, por cuanto que es portador de otros intereses que a la sociedad importan y que a él trascienden, o bien, sencillamente sacrificarlo o no protegerlo. Por ende, si bien de algunas disposiciones de la Ley 35/1988 se desprende una protección al embrión extracorpóreo por cuanto que es portador de otros intereses que a la sociedad importan y a él trascienden, de lege lata es indiscutible que el Derecho español en su conjunto protege además de intereses colectivos de la especie humana o individuales del futuro ser humano, directamente, la vida del preembrión humano.

VII) No consideramos especialmente problemático (jurídicamente) considerar la protección de la vida humana preembrional a través de normas como la del entonces artículo 20.2.B)a) de la Ley 35/1988, (que dio origen al artículo 22.1 del Proyecto de CPE de 1994 del cual se desprende el actual artículo 161.1 del CPE) y por el otro permitir la FIV y otras técnicas que comporten la destrucción de los embriones, ya que la primera no contempla(ba) como infracción o delito su destrucción sino su creación con fines de destrucción. En la FIV se crean embriones que se destruyen, pero su creación no obedece a esa finalidad, y ello es precisamente lo que lo legitima.

Consecuentemente, el que las técnicas de reproducción asistida se encuentren admitidas jurídicamente, aun y cuando conlleven una irremediable pérdida y destrucción de preembriones humanos, no implica incompatibilidad o imposibilidad de asumir el estatuto jurídico de protección directa del preembrión que contemple determinadas acciones tendentes a su instrumentalización y consecuente destrucción ante la necesidad de aceptar toda una serie de procedimientos que conducen a la destrucción de embriones en el contexto de las técnicas de reproducción asistida.

Es decir, la protección directa del preembrión en si mismo considerado - vida humana - dispensada de lege lata a través primero de la infracción administrativa

y posteriormente, según ya observamos, por el tipo del artículo 161.1 del CPE, no contradice las técnicas de reproducción asistida, ni la experimentación e investigación no terapéutica en seres humanos durante los primeros estadios considerados no viables, pues lo que éste sanciona es la creación con fines de destrucción y no así la destrucción derivada, necesaria pero secundaria, del preembrión en si mismo.

En consecuencia, si bien la protección directa penal del preembrión a través de la prohibición de fecundar óvulos con fines distintos a la procreación no resulta satisfactoria, entendemos que esa protección dispensada sobre el preembrión a través del artículo 161.1 del CPE propone establecer una tutela anticipada de su vida, sin que ello contradiga o requiera por un lado que las técnicas de reproducción asistida que necesariamente tengan que prescindir de preembriones humanos necesiten justificarse jurídicamente y, por el otro, que dicha permisibilidad que lleva aparejada la destrucción de preembriones humanos impida al mismo tiempo que no pueda sancionarse su destrucción derivada de su instrumentalización, la cual aparecerá en cualquier supuesto en el que no se persiga, precisamente, su futuro desarrollo.

VIII) En ese contexto, tanto la permisibilidad de la clonación no reproductiva cuanto del diagnóstico genético preimplantatorio y prenatal se encuentran en principio afectadas por cuanto que, en el primer caso, a excepción de la clonación de células madre a las que no habrá de considerárseles embrionales, ello implica necesariamente la creación de un embrión humano sólo con la finalidad de generar tejidos al que habrá que destruir, y en el segundo, en la medida en que para su desarrollo se requiere generar un preembrión con la exclusiva finalidad de practicar en él, el diagnóstico genético que también habrá de destruirlo.

IX) El marco de permisibilidad de la clonación humana está condicionado a la finalidad que se persiga y a la técnica que se utilice. Por lo tanto, la clonación reproductiva humana debe observarse y legitimarse como una técnica no convencional (aún) de reproducción asistida que se justifica en la finalidad terapéutica asociada al tratamiento de la infertilidad humana y a la salud de un futuro ser humano. Así entendido, la clonación reproductiva a través de la gemelación, cuando se lleve a cabo con la única y estricta finalidad curativa, entendiéndola como la última de las soluciones a la cura de la esterilidad humana, y la clonación reproductiva a partir de la transferencia del núcleo de una célula embrional a un óvulo previamente enucleado, con la finalidad de evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria contenida en el óvulo y que será transmisible al ser humano, no comprometen los bienes jurídicos que en teoría se asocian a su práctica.

X) En consecuencia, y no obstante que calificar o no la legitimidad de las técnicas de reproducción asistida es en sí mismo intrascendente para los efectos de este trabajo, del análisis del marco permisivo y prohibitivo tanto de estas técnicas de reproducción asistida humana cuanto de otras de ingeniería genética se han desprendido un cúmulo de premisas jurídicas que nos indican la imposibilidad de sostener la prohibición de la clonación reproductiva humana a través de la transferencia del núcleo de una célula proveniente de un ser humano ya nacido a una óvulo enucleado previamente, en la instrumentalización del preembrión, frente al marco permisivo de otras actividades lícitas que igualmente constituyen una forma de instrumentalización permitida.

Es intrascendente ya que obviamente este trabajo no pretendió legitimar o deslegitimar las técnicas de reproducción asistida, sino destacar que de **su marco de permisibilidad se evidencia que**, si el Ordenamiento legal está dispuesto a sacrificar preembriones humanos cuando ello conlleve a un fin como el de la reproducción asistida por medio de la FIV y derivados, no se encuentra entonces razón suficiente para no permitir el desarrollo de las técnicas de clonación reproductiva humana en los términos aquí propuestos, y que implica y requiere la misma destrucción de embriones humanos, cuya permisibilidad, así como en la FIV y derivados, debería soportarse en los argumentos que se utilizan para apoyar y no prohibir estas últimas.

E incluso con más razón, desde la perspectiva de aquellos que consideran que el Ordenamiento jurídico está construido bajo el criterio del TC de que la vida se reconoce y protege a partir de la gestación, entendiendo por ella a la anidación, aceptando que el objeto de protección no es el embrión en sí mismo sino otros bienes jurídicos de naturaleza colectiva que trascienden al embrión, tampoco podría oponerse como argumento para cuestionar la permisibilidad de las técnicas de clonación reproductiva propuestas, pues así tampoco se afectaría o lesionarían los bienes jurídicos a proteger de la futura persona en los términos en que quedó acreditado.

Por ello, dado que las hipótesis exclusivamente precisadas de clonación humana reproductiva no resultan lesivas de ninguno de los derechos o bienes jurídicos precitados durante la investigación, sostener una terminante prohibición constituiría una violación al derecho de toda persona a fundar una familia, a procrear, a la salud, al libre desarrollo de su personalidad así como al derecho a participar en el progreso científico y de los beneficios que de él resulten.

XI) La creación de seres híbridos - hombre - animal o en la creación de quimeras humano u animal se asocian riesgos para la autenticidad, identidad e

inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano fusionado o de la especie humana, e incluso también para la vida así generada incorporada en el producto de la fecundación entre gametos o entre la fusión de embriones de distintas especies, y que sería objeto de instrumentalización y destrucción.

XII) Finalmente, hemos evidenciado que el legislador ha recogido y escrutado de la síntesis de las relaciones sociales conflictuales los intereses jurídicos derivados que el desarrollo científico tecnológico ha traído aparejado, creando no sólo figuras novedosas de protección de bienes jurídicos ya existentes, sino además nuevos bienes jurídicos que, ponderados en principio por la normativa administrativa, se han concretado en: la inalterabilidad del patrimonio genético humano, la supervivencia de la especie humana, la vida e integridad física del preembrión, embrión, feto y persona humana, la diversidad genética de la especie humana, la identidad genética de los seres humanos así como de la especie humana, el derecho a la procreación humana, natural o a través de técnicas asistidas de reproducción a partir del preembrión extracorpóreo, la dotación genética doble y el derecho a tener descendencia sana.

Serán pues las anteriores conclusiones las premisas a partir de las cuales entraremos al estudio de los tipos penales configurados en el CPE y al desarrollo de la tercera y última parte de la investigación.

Capítulo III

La ingeniería genética, reproductora y el Derecho penal

I) EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN LOS TIPOS DE LOS ARTÍCULOS 157, 158 Y EN LOS CONTENIDOS DENTRO DEL TÍTULO V DEL LIBRO II.

1. El tipo de lesiones al feto.

1.a) Marco general.

La regulación del tipo delictivo relativo a las lesiones al feto no tienen precedente en la legislación española, pues ninguno de los Códigos penales anteriores al vigente castigaba expresamente los comportamientos que atentaban contra la integridad del no nacido. Ello era así pues hasta hace no muchos años resultaba insospechado el avance en el conocimiento del genoma humano y las posibilidades de intervención sobre él y los seres humanos por medio de la ingeniería genética.

Este inminente avance y progreso de la ingeniería genética pronto se reflejó en las posibilidades reales de intrusión que sus variadas técnicas tienen sobre el ser humano en formación, encontrándose el jurista ante una realidad que era indicativa de la insuficiencia normativa frente a las nuevas posibilidades de agresión de nuevos y no tan nuevos bienes jurídicos. Ante ello, un amplio sector de la doctrina sostenía que las nuevas formas posibles de ataque a la integridad física del ser humano en formación no contaban con una respuesta punitiva, cuya impunidad sería evidente debido a una laguna real que sólo podría ser subsanada mediante la intervención del legislador.

Mientras tanto, este vacío normativo motivó que la doctrina, buscando llenar ese hueco en la protección jurídico penal, se dividiera, dando paso básicamente a cuatro posiciones diferentes:

- A) La posibilidad de castigar esas conductas, dolosas, a través de un delito de aborto en grado de tentativa, si en el autor concurría al menos dolo eventual respecto de la posibilidad de producir la destrucción del feto⁷³⁶.
- B) La posibilidad de castigar estos comportamientos a través de un delito de lesiones corporales a la mujer embarazada.

⁷³⁶ Así; ROMEO CASABONA: *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, ob cit, pág. 403. No obstante, el mismo autor reconocía que esta solución no era del todo aceptable ante los problemas derivados del distanciamiento entre la agresión y la manifestación del resultado, después del nacimiento, lo que dificultaría el establecimiento de la relación de causalidad.

C) La posibilidad de castigar estos comportamientos a través de la aplicación del delito de lesiones a las personas, considerando para esos efectos “persona” al nasciturus.

D) La imposibilidad de castigar esas conductas proyectadas sobre el nasciturus hasta en tanto no se incluyera un tipo penal específico.

En cuanto a la primera opinión, se rechazó en lo general pues se consideró imposible que ésta figura se subsumiera en la hipótesis típica del delito de aborto, en cuanto que el dolo en ambas figuras es diferente, ya que en la conducta de lesiones al feto el dolo va dirigido a provocar un menoscabo físico, mientras que en el delito de aborto, el dolo se dirige hacia su destrucción⁷³⁷.

La segunda posición doctrinal estuvo apuntalada por la STC del 5 de abril de 1995⁷³⁸, según la cual, no existía laguna jurídica alguna, pues desde su perspectiva era posible dotar esa realidad de una construcción jurídico penal efectiva, ello en virtud de que en los casos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción se intenta y realiza sobre una persona - la madre - y el resultado, demostrada la relación de causalidad, trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento, afirmando de este modo como realidad penal, el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada.

Sin embargo, la STC no satisfizo a nadie, pues no es posible olvidar que el feto no constituye una parte del cuerpo de la madre, aún cuando dependa de ella durante el periodo del embarazo. “Esta posición implica desconocer la existencia de dos sistemas biológicos diferentes”⁷³⁹, y siendo esto así, implica que el nasciturus representa un objeto

⁷³⁷ Cfr. CUERDA RIEZU: “Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas”, ob cit, pág. 420.

⁷³⁸ El Tribunal Supremo español revocó una sentencia absolutoria dictada en primera instancia, condenando a una comadrona como autora a título de culpa de un delito de lesiones, considerando que el deber de cuidado que le era exigido a la mujer condenada no fue observado al haber omitido poner en conocimiento del médico ginecólogo de guardia la situación en la que se encontraba una mujer durante el parto, “con evidentes señales de sufrimiento fetal”, y que trajo como resultado la parálisis cerebral del niño nacido.

⁷³⁹ FLORES MENDOZA, FÁTIMA: “El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995”, Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 5, 1996, pág., 175. Sobre esa sentencia, también ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, ob cit, pág. 162-163.

material diferente a la mujer embarazada, por lo que es posible imaginar que las lesiones al nasciturus no han de suponer, invariablemente, un ataque a la integridad corporal o salud de la mujer gestante, o viceversa.

En síntesis, la mayoría de la doctrina calificó esta sentencia (y la posición que de ella deriva) como errónea por considerar, entre otras cosas, que vulnera el principio de legalidad al afirmar que las lesiones al feto estarían comprendidas ya en los tipos de lesiones a las personas con vida humana independiente, por lo que la muerte del feto, aplicando el mismo criterio, habría que considerarla constitutiva o comprendida en el tipo de homicidio⁷⁴⁰.

La tercera posición doctrinal, sin recurrir a una interpretación extensiva de los delitos de lesiones padecidos por la embarazada, considera igualmente que la incorporación del nuevo Título IV al Código penal español no era necesario, pudiéndose haber prescindido de él sin que esto ocasionare impunidad alguna⁷⁴¹, basando este razonamiento en que el autor que causa lesiones al feto pretende que las mismas continúe sufriendolas la persona después de nacer, por lo que tales lesiones darían lugar a los tipos recogidos en el Título III, referido a las lesiones a las personas⁷⁴².

Es decir, para este sector de la doctrina, el delito de lesiones previsto en el Título III se presentaba como la respuesta punitiva para aquellas lesiones de carácter prenatal que manifestaran sus efectos después del nacimiento, siendo decisiva la consideración del objeto material en el momento en el que se produce el resultado o en el que la acción comienza a producir sus efectos, aún y cuando en el momento de realizarse la acción, el objeto sobre el que recae esta no tuviese la consideración de persona⁷⁴³.

⁷⁴⁰ GRACIA MARTÍN, LUIS: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, (De las lesiones al feto), Editorial tirant lo blanch Valencia, 1997, pág. 609.

⁷⁴¹ Así, SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, pág. 123 y ss.

⁷⁴² En contra SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, pág. 447, para quien los comportamientos que el Título IV ahora tipifica resultaban impunes en la medida en que el feto no podía ser considerado la persona, cualidad exigida para ser sujeto pasivo del delito de lesiones.

⁷⁴³ Empero, de acuerdo con FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 177, esa posición suponía el absurdo de poder castigar las lesiones culposas causadas al feto, quedando impunes las conductas de aborto culposas, o bien, que la intervención en el feto con dolo de destruirlo y que produce sus efectos tras el nacimiento (aborto extrauterino por falta de viabilidad en el feto) supondría que tendría que ser calificada como un delito de aborto y no como un homicidio en atención a la condición del objeto material del delito en el momento de la realización de la acción. Por lo tanto, no considera viable castigar como un delito de lesiones contra las personas las lesiones de carácter prenatal aplicando para esa hipótesis un criterio diferente, tomando en consideración el objeto material del delito en el tiempo en que se produce el resultado.

Sin embargo, nuevamente es elocuente que la fijación del momento en que el ser humano adquiere vida independiente tiene una gran trascendencia para el Derecho penal en razón del distinto grado y alcance de protección que otorga la norma a la vida humana en sus diferentes estadios. “La ausencia de tipos delictivos orientados a la protección de la integridad física y la salud del feto, determinaba que no pudiera pensarse las lesiones que se le causarían, pues tanto los tipos de homicidio cuanto de lesiones requieren que el sujeto pasivo, y asimismo objeto material, sea un ser humano ya nacido”⁷⁴⁴.

En otras palabras, toda vez que el delito de lesiones al que se refiere el Título III requiere para su configuración típica que la lesión se provoque en “otro”, “expresión que nos indica que el legislador estaba pensando en un ser humano ya nacido, en una persona titular de derecho subjetivos como sujeto pasivo”⁷⁴⁵, y dado que la conducta que ocasiona el menoscabo a la salud individual tiene su origen en una actuación sobre el embrión o feto, objeto material distinto a la persona “otro”, no puede considerarse que la protección jurídico penal de la integridad física del feto pueda quedar abarcada a través del tipo de lesiones del Título III, mismo que requiere de una conducta proyectada sobre personas ya nacidas para colmar sus extremos típicos⁷⁴⁶.

Finalmente, emanado de las insuficiencias jurídicas brevemente apuntadas, que evidenciaban que la integridad y la salud del feto estaban desprovistas de protección jurídico penal, llevaron a un amplio sector doctrinal a concluir que las cada vez más amplias posibilidades de acceso al feto, ya sea que fuere con finalidad terapéutica o no terapéutica, resultarían atípicas hasta en tanto el legislador no introdujera en el Ordenamiento penal tipos penales específicos que concretarán la protección penal de esa realidad particular⁷⁴⁷.

Cierto es que antes de la entrada en vigor del nuevo CPE, la protección jurídico penal del no nacido se limitaba a la tipificación del delito de aborto, garantizándose sólo la protección penal de la vida del embrión postanidatorio y del feto, quedando fuera del

⁷⁴⁴ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 608.

⁷⁴⁵ FLORES MENDOZA: “El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 177 y 178.

⁷⁴⁶ De la misma opinión, RUIZ VADILLO, ENRIQUE: “De las lesiones al feto, Comentario”, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Editorial Trivium, pág. 1998, para quien debía verse una laguna jurídica al requerir los delitos de lesiones que el objeto material sobre el que recayera la conducta fuera un ser vivo, un “otro”.

⁷⁴⁷ Del mismo parecer, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 120, para quien la laguna no colmada en ninguna de las reformas anteriores a 1995 obligaba a dejar impunes las lesiones, o incluso la muerte del ya nacido, a consecuencia de maniobras generalmente imprudentes realizadas durante el embarazo.

ámbito jurídico penal la protección de otros bienes jurídicos de los que son titulares el embrión humano postanidatorio y el feto, y que justificó la introducción de los dos tipos delictivos dentro del actual Código penal español⁷⁴⁸.

No obstante que la inclusión de estas figuras típicas en el nuevo CPE fue bien recibida por la doctrina en lo general⁷⁴⁹, para algunos la regulación actual sólo colmó en parte las lagunas señaladas al elevar sólo a la categoría de delito las lesiones al feto, pero no el hecho de que éste pueda morir una vez nacido como consecuencia de las lesiones, siendo que en ese caso el tipo aplicable habría que integrarlo en el delito de lesiones al feto, lo que no abarcaría plenamente el desvalor de la acción al quedar la muerte sin valoración alguna.

Ciertamente, no podrá castigarse por aborto, pues la muerte se produce cuando el ser ya ha nacido (ya no es feto sino persona), pero tampoco por homicidio, toda vez que las lesiones se produjeron cuando la vida aún no se había independizado⁷⁵⁰.

De cualquier manera, dado que estas nuevas figuras típicas tienden a proteger, en los términos utilizados por el Código penal de 1995, al feto, frente a cada vez más peligros a los que está expuesto como consecuencia del desarrollo de las técnicas de investigación y experimentación genética y reproductiva que, según vimos en los anteriores capítulos, son capaces de interferir en etapas insospechadas de su desarrollo biológico, (mucho antes de convertirse en feto) hagamos el análisis dogmático correspondiente y concretemos cuál ha sido en realidad la finalidad y el objeto con la que han sido creados estos tipos penales.

1.b) Análisis típico.

Artículo 157. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal

⁷⁴⁸ Así, VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL: *Comentarios al nuevo Código penal*, Editorial Aranzandi, pág. 755.

⁷⁴⁹ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 608, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Derecho Penal. Parte Especial I, Delitos contra las personas, contra la libertad y contra la libertad sexual*, Madrid, 1996, pág. 98, RUIZ VADILLO: "De las lesiones al feto, Comentario", ob cit, pág. 1998, ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 164. En contra, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 124, para quien hubiera sido mejor haber optado por una ley especial.

⁷⁵⁰ Véase; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 121. ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 164. También, aunque en otro sentido, FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 170, quien considera insuficiente la regulación actual, pero referido a la falta de protección de la integridad del embrión in vitro.

desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

1.b.1) Tipo objetivo.

1.b.1.1) El bien jurídico protegido.

Aunque parece evidente que el bien jurídico protegido, según se deduce de la descripción típica del artículo 157, es la integridad y la salud del feto, existen dos opiniones distintas sobre lo que constituye el bien jurídico protegido en estos tipos penales.

Una opinión mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones al feto, es la integridad del feto, concepto que incluye tanto la integridad física o corporal como la salud física o psíquica de éste⁷⁵¹. La opinión contraria sostiene que el bien jurídico protegido - el objeto de protección - no es la integridad física del feto mismo sino de la persona que nacerá con taras físicas o psíquicas, pues si bien el momento de la

⁷⁵¹ En esa dirección, GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídicos penales de la reproducción asistida*, ob cit, pág. 418. FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 179. MUÑOZ CONDE: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, ob cit, pág. 121. VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 755. SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, pág. 447. SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 124. GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 612.

lesión o de la transmisión de la enfermedad es anterior al nacimiento, lo que se trata de evitar son los efectos que subsistirán con posterioridad al mismo⁷⁵².

En otras palabras, el tipo busca proteger y salvaguardar el futuro de la persona a partir del momento en que se inicie su vida independiente, cuyo desarrollo y calidad estará condicionado por el estado de salud que presente el feto antes del nacimiento⁷⁵³.

Esta segunda posición, rechazada por la doctrina mayoritaria, realiza una afirmación que, aunque no comparto, puede encontrar cierto fundamento en diversas disposiciones del marco jurídico español destinadas a regular, precisamente, las actuaciones sobre la vida prenatal.

Sí esta posición sostiene que el tipo penal no protege la integridad del feto en cuanto tal, sino a la persona que derivará de él, entonces una lesión dirigida a un feto que no tiene posibilidad de nacer no tendrá trascendencia jurídico penal, y que bajo una línea interpretativa podría resultar acorde con una parte del Ordenamiento legal que ha instrumentado, como en el caso del feto vivo pero no viable, un sistema que permite su investigación u experimentación no terapéutica, lo cual puede significarles que no se protege "per se" al objeto material sobre el que se proyecta la conducta⁷⁵⁴.

Es decir, afirmar que el bien jurídico consiste en que todas las personas nacidas posean un mínimo de salud, excluiría a los fetos por cuanto que el tipo penal no está

⁷⁵² CARBONELL MATEU, J.C; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: "De las lesiones al feto", *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 813. RODRÍGUEZ RAMOS considera muy discutible dicha interpretación ya que la voluntad del legislador exigirá que tales preceptos se hubieran incluido en el título de los delitos padecidos por las personas y, por otra parte, también tendría que ser la persona que no llega a existir el sujeto pasivo del delito de aborto y, el bien jurídico del aborto, la vida de la futura persona. Cfr; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 100.

⁷⁵³ Esto, en términos del profesor ROMEO CASABONA, significa que de lo que se trata es de lograr un control en las prácticas que son posible realizar en el feto vivo para evitar los riesgos durante el embarazo que pudieran desencadenar malformaciones que se manifestarían una vez ocurrido el nacimiento. Cfr; ROMEO CASABONA: "La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación", ob cit, pág. 152.

⁷⁵⁴ Las disposiciones de la (art 13.2 interpretado en sentido contrario) y 42/1988 (art 5.4 y 9.2.e), que autorizan la experimentación sobre embriones o fetos vivos pero no viables, constituyen entonces, si no se interpreta el criterio de viabilidad como un criterio normativo de muerte para esas realidades humanas, un argumento para los defensores de esta posición, pues cuando la Ley permite que se experimente sobre un ser vivo, por no tener posibilidades de convertirse en una persona en el futuro, estaría indicando que el fin de protección de la norma no es el feto en si mismo.

referido específicamente al objeto material de la conducta, esto es, a los no nacidos⁷⁵⁵. Dicho de otra forma, si el feto en si no sufre menoscabo funcional porque aún no funciona de manera independiente, al carecer de autonomía, el objeto de la protección penal del bien jurídico recae básicamente en los alcances que las lesiones tendrán para la integridad física del feto en el momento en que adquiera independencia.

No obstante, la crítica a esa posición minoritaria en la doctrina entiende que, precisamente, el estado de salud del feto después del nacimiento y el condicionamiento de su vida y desarrollo futuro a partir del nacimiento como consecuencia de una lesiones consumadas cuando el feto todavía tenía una vida dependiente, es justamente el fundamento del sentido de la protección jurídica. Es decir, la protección que dimana a la integridad de la futura persona es una protección mediata derivada, y no como bien jurídico en sentido estricto⁷⁵⁶; tal y como en el aborto no se tutela el derecho a la vida de la persona todavía no existente, en las lesiones al feto tampoco se protege la salud e integridad del nacido.

Por tanto, entender que estos tipos serían constitutivos del delito de lesiones a partir del nacimiento es inadecuado, ya que las características exigidas por el tipo⁷⁵⁷ deben concurrir en el momento de ejercitarse la acción⁷⁵⁸.

1.b.1.2) El objeto material.

Ya antes señalamos que el tipo penal tutela como interés jurídico la integridad física del feto, o según otros, de la futura persona. De cualquier forma, es claro que el bien jurídico lo constituye esa integridad física, y que el objeto material de la conducta, según la redacción típica, debe ser proyectada sobre el feto.

Pero ¿que debemos entender por feto?. Considero que para ello debe ubicarse el momento en que entró en vigor el actual CPE con el resto del Ordenamiento jurídico que también se encontraba vigente hasta antes de que finalizará el año de 1995.

⁷⁵⁵ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 611, rechaza esta concepción pues considera que el interés a tener una descendencia saludable no puede constituir el bien jurídico protegido por los tipos penales en comento, pues de ser así tendríamos que llegar a la conclusión de postular el aborto obligatorio en los casos en que el feto no reúna las condiciones mínimas de salud.

⁷⁵⁶ De esa opinión ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 164.

⁷⁵⁷ Artículo 147 CPE.

⁷⁵⁸ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 614- 615.

Según hemos repetido en más de una ocasión en este trabajo, fue la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 la que se encargó de distinguir por primera vez en el Ordenamiento jurídico español, independientemente de que se coincida o no con ello, entre lo que debería entenderse por un preembrión, un embrión y un feto. Es decir, por primera vez el Ordenamiento cuenta con una definición legal - jurídica - de lo que ha de entenderse por cada una de esas fases del desarrollo prenatal.

Sin embargo, ello representa un problema interpretativo que ha separado nuevamente las opiniones doctrinales, pues si el legislador utilizó el término feto para describir al objeto material, se plantea la interrogante de si habrá que interpretar que el término feto ha sido utilizado en un sentido restringido, abarcando sólo la fase más avanzada del desarrollo embriológico, o si ha de interpretarse en un sentido impropio o amplio, quedando abarcado en él todas las fases del proceso embriológico, incluyendo la preembrional y la embrional.

BENÍTEZ ORTUZAR afirma que por feto no cabe otra posibilidad que considerar o conceptualarlo por lo que propiamente es desde la perspectiva biológica y también legal, entendiendo por feto al producto de la concepción desde la organogénesis hasta el momento del nacimiento, excluyéndose del tipo, por lo tanto, las actuaciones realizadas sobre el embrión⁷⁵⁹. También para PERIS RIERA ésta debe ser la interpretación que se desprenda de la redacción y del término utilizado por el legislador, pues si bien resulta lógico que también se otorgue protección jurídica al preembrión y al embrión, lo cierto es que el legislador, consciente de la distinción jurídica entre preembrión, embrión y feto, ha utilizado el término feto⁷⁶⁰, es decir, porque si la intención del legislador hubiera sido otra, pudo haberlo hecho aludiendo en el tipo al preembrión o embrión, o genéricamente, al producto de la concepción⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 420. El autor no desconoce que la mayoría de los juristas interpreten el término feto en un concepto amplio que comprenda también al embrión anidado e inclusive al no anidado, sin embargo, insiste en que el derecho y la biología ya han otorgado un estatuto específico, jurídico, al feto por lo que no cabe interpretar.

⁷⁶⁰ PERIS RIERA: *“La regulación penal de la Manipulación Genética en España”*, ob cit, pág. 165. En la misma dirección, JUNCO MANS, SÁNCHEZ JAVIER: *Código Penal de 1995 Comentarios y jurisprudencia*, Granada 1998, pág. 998; opinión compartida en parte por RUIZ VADILLO: “De las lesiones al feto, Comentario”, ob cit, pág. 1938 y 1939, considera que la finalidad perseguida de protección no se va a poder cumplir suficientemente porque el tipo se orienta a la protección del feto, cuyo término no puede ser interpretado en sentido amplio.

⁷⁶¹ Así, GONZÁLEZ RUS: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, ob cit, pág. 134.

Esto significa que no sólo el embrión preimplantatorio o preanidatorio quedan al margen del ámbito de protección del delito de lesiones al feto, sino también el embrión ya anidado pero cuyo desarrollo no ha alcanzado aún la organogénesis (tres meses)⁷⁶².

En contra de esa interpretación restrictiva se oponen ciertos argumentos. Para VALLE MUÑIZ, la tutela de la salud del embrión humano comienza con la completa anidación del óvulo fecundado en el útero materno, considerándose como objeto material del delito de lesiones al feto, tanto el embrión anidado (post implantatorio) como el feto en sentido estricto, pues de no ser así, resultaría contradictoria con la protección de la vida embrionaria llevada a cabo a través del delito de aborto⁷⁶³.

Es decir, si en el aborto ya se protege la vida del embrión a partir de la nidación del óvulo en el útero, sería incongruente no comenzar la protección de la integridad física del mismo ser en un momento posterior al de la misma nidación⁷⁶⁴.

Dicho de otra forma, si bien en sentido técnico, de conformidad con lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley 35/1988, el concepto feto se halla referido al embrión con apariencia humana que se desarrolla a partir del tercer mes del embarazo, los partidarios de incluir también dentro del ámbito de este tipo penal a los embriones anidados sostienen que, desde el punto de vista material, parece más conveniente otorgar al concepto de feto una interpretación impropia, no técnica, a efectos de dotar de una protección global a la vida en formación⁷⁶⁵.

⁷⁶² En contra, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 120, para quien la salud y la integridad del concebido en cualquiera de las fases de su desarrollo en el claustro materno constituirá el bien jurídico protegido.

⁷⁶³ VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 757. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, ob cit, pág. 121, quien considera que por feto debe entenderse al óvulo fecundado ya anidado en el útero materno.

⁷⁶⁴ En contra BENÍTEZ ORTUZAR, para quien la protección jurídico penal de la integridad del concebido no puede comenzar antes de la organogénesis (feto) por tanto que la integridad sólo existe a partir de este momento, ya que antes de esta etapa el embrión se encuentra en constante división celular y no sería posible entender que un grupo de células indiferenciadas conste de integridad determinada, ni constatar si se ha privado al feto de un órgano determinado. Véase; *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 170 y 421.

⁷⁶⁵ Cfr; CUERDA RIEZÚ: "Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992", ob cit, pág. 224. SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 448. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *"Nuevo Código Penal Comentado"*, Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 239, este último asimila al nasciturus como la persona nacida pero no concebida.

Un último criterio esta representado por quienes mantienen que el término feto no debe ser entendido en un sentido restrictivo sino amplio, que debe comprender, además del feto, tanto al embrión anidado e inclusive al embrión no anidado⁷⁶⁶.

Ello será así, sostienen, pues no puede basarse o utilizarse como criterio decisivo para exceptuar del ámbito del tipo a la integridad física embrional aún no fetal, un argumento gramatical, olvidando la acepción del término feto en la tradición jurídico penal⁷⁶⁷ y haciendo a un lado que la finalidad de la protección penal de este tipo de lesiones fetales es la de salvaguardar la integridad y la salud del feto en el futuro, para que el ser que llegue a nacer disfrute de condiciones normales para el desarrollo de su vida⁷⁶⁸. Dicho en otros términos, si la protección penal se adelanta y justifica, dado que el origen de las posibles taras puede que tenga lugar en un momento en que aún no existe la vida independiente, a través de agresiones que cabe realizarse sobre el embrión no anidado, el anidado o el feto, es evidente que para efectos del tipo, todo el proceso de desarrollo embriológico debe quedar comprendido dentro de la expresión "feto"⁷⁶⁹.

Si las posibilidades abiertas por el desarrollo de la ingeniería genética permiten una mayor intervención, ya no sólo sobre el feto o embrión anidado, sino sobre el embrión preimplantatorio, que pueden producir las agresiones o lesiones a las que se refiere el tipo, y siendo la evitación de esos resultados el fin de protección de la figura delictiva, concluyen, debe entonces incluirse en el ámbito de protección de los artículos 157 y 158 también al embrión no anidado, al embrión anidado y, por supuesto, al feto.

Personalmente, considero dramática la ligereza del legislador y condescendiente la actitud de la doctrina mayoritaria.

Si la Ley establece claramente lo que debe entenderse por feto - estemos o no de acuerdo con la separación conceptual o evolutiva del desarrollo de la vida humana prenatal - y si lo que el legislador supuestamente pretendió es otorgarle protección al embrión ya anidado, la descripción de la figura típica debió conducirnos, sin ninguna complicación, hacia la conclusión de que las lesiones serán típicamente relevantes

⁷⁶⁶ Así, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 621.

⁷⁶⁷ Que equivale al nasciturus y por ello al embrión.

⁷⁶⁸ En sentido análogo FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 181- 182, también insiste en que no obstante el tenor literal de los preceptos, la intención del legislador ha sido la de proteger también al embrión postanidatorio.

⁷⁶⁹ Así lo entiende CUERDA RIEZU: "Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 427, quien inclusive considera que las lesiones en embriones no implantados deberán ser punibles al menos en los casos en que vayan a ser implantados.

cuando, reunidos los requisitos del tipo, se proyecten sobre los objetos materiales de la conducta, siendo estos el embrión y el feto.

Por lo tanto, no obstante que soy partidario de una protección jurídico penal de la integridad física del nasciturus que comprenda un periodo más amplio que el de a partir de la organogénesis, no coincido cuando la opiniones doctrinales pretenden restarle importancia al término utilizado por el legislador - "feto"-, olvidando que este vocablo es jurídicamente lo que la propia Ley a definido como tal, y no otra cosa.

Todo lo contrario, debe sostenerse con firmeza que, hasta en tanto no se modifique la redacción del tipo y se utilice un término que incluya ambas fases del proceso de formación de la vida humana prenatal⁷⁷⁰, imposible resultará refutar de lege lata como típicamente constitutiva de los delitos previstos en los artículos que se comentan, cuando la conducta lesionadora se realice antes del periodo de la organogénesis⁷⁷¹.

Entendido así, debe concluirse que, de lege lata, el objeto material en el tipo de lesiones fetales, previsto por los artículos 157 y 158, es el ser humano no nacido, a partir de la organogénesis - el feto.

1.b.1.3) Sujeto activo.

El tipo de lesiones al feto del artículo, 157 del CPE, no contiene ninguna limitación o condición especial de autoría. Por tanto, debe considerarse, formalmente, como un delito común, pudiendo ser sujeto activo cualquier persona que realice la conducta típica de causar en el feto, dolosa o imprudentemente el resultado requerido por el tipo⁷⁷².

Sin embargo, si bien es cierto que de la redacción típica se desprende que éste delito está configurado como un tipo común, en realidad, como veremos con detalle más adelante, en la práctica se tratará de un delito que requiere, no para su configuración (de ahí lo común) sino para su efectiva ejecución, de la intervención de aquellos sujetos

⁷⁷⁰ Como por ejemplo propone ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 164, bajo la formula "**en un feto o en un embrión implantado en una mujer**".

⁷⁷¹ Lo que no puede tolerarse si se tiene en cuenta que las actuaciones genéticas, terapéuticas o no terapéuticas se desarrollarán en las etapas más próximas al desarrollo embrional, pudiendo dar lugar a un cúmulo de lesiones que resultarán, en los términos del actual CPE, atípicas.

⁷⁷² Por todos, COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T,S: *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1990, pág. 276.

cualificados para desarrollar la o las conductas⁷⁷³ que puedan traer como consecuencia el resultado lesivo del bien jurídico que el tipo penal tutela⁷⁷⁴.

Así mismo, ni la primera ni la segunda parte del artículo 158 requiere de alguna cualidad específica en el sujeto activo, a pesar de que en la redacción de la segunda parte se haga mención, no de la cualidad específica que requiere el autor de la conducta imprudente, sino de la pena especial referida al profesional, por lo que el tipo debe también catalogarse, formalmente, como un delito común, aunque la aplicación de esa segunda parte del artículo 158 estará reservada, para efectos exclusivos de la pena, a la *imprudencia profesional* a la que hace mención el legislador, referida al ejercicio de una actividad profesional específica, no de un abogado o de un arquitecto, sino de aquel que con su actividad profesional, desprovista del deber mínimo de cuidado, ocasione una lesión típica al sujeto pasivo del delito⁷⁷⁵.

1.b.1.4) Sujeto pasivo.

La determinación de lo que debe considerarse el sujeto pasivo de este delito se encuentra estrechamente vinculado, obviamente, con la posición previamente determinada sobre lo que debía constituir el bien jurídico tutelado y el objeto material de la conducta, considerando por ello que el sujeto pasivo será el feto en sentido estricto.

Así, hay quienes consideran sujeto pasivo del delito al feto⁷⁷⁶, al embrión y al feto⁷⁷⁷, al embrión no anidado, al embrión anidado y al feto⁷⁷⁸, a la persona que nacerá

⁷⁷³ En sentido similar, ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 165, para quien, si bien el sujeto activo puede serlo cualquiera, "de hecho normalmente lo serán los profesionales sanitarios o parasanitarios".

⁷⁷⁴ Una prueba de ello es, sin duda, que la pena prevista en el artículo 157 CPE contempla la inhabilitación especial para ejercer, no cualquier profesión, sino la sanitaria, o para prestar, no cualquier servicio, sino aquel vinculado a la actividad sanitaria - ginecológica, lo que es indicativo que el tipo está referido a aquellos profesionales del ámbito sanitario.

⁷⁷⁵ En sentido parecido, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 424, para quien lo que el legislador ha querido señalar es que la comisión imprudente se castiga cuando se produzca la violación del deber de cuidado "el cual personalmente es distinto para el profesional de la medicina que para cualquier otro individuo".

⁷⁷⁶ LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA; MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Segunda Edición, Editorial tecnos, pág. 85; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 424.

⁷⁷⁷ FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 181; ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 165; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 616 y 617.

con taras físicas o psíquicas⁷⁷⁹ o inclusive a la sociedad⁷⁸⁰, comunidad - la colectividad social⁷⁸¹. Veamos.

Como ha sido destacado por diversos autores, la cuestión de la determinación del sujeto pasivo en estos delitos no escapa al planteamiento y discusión que en los mismos términos se realiza respecto al sujeto pasivo en el delito de aborto.

Por ello, si se entiende que el sujeto pasivo del delito de aborto es la mujer, parecería que también lo sería en el delito de lesiones al feto. Sin embargo, en virtud de que en ninguna parte de la redacción de los artículos 157 y 158 se confiere relevancia al consentimiento de la mujer, "la protección de la salud del feto con independencia del consentimiento de la mujer gestante debe servir para aclarar que la mujer no es el sujeto pasivo del delito de lesiones al feto"⁷⁸².

Igualmente, sí de acuerdo con el TC⁷⁸³, el nasciturus no es titular del derecho a su vida, y por lo tanto tampoco puede ser el titular del bien jurídico individual, identificado como su integridad física, surge el cuestionamiento de quién es entonces el titular del bien jurídico reconocido en el nasciturus, pronunciándose algunos por señalar que el titular de la salud del ser humano en formación, en cuanto feto y hasta su nacimiento, al no ser ni el feto mismo ni la madre, lo es la comunidad o la colectividad social.

En realidad esto ha de rechazarse, pues si el bien jurídico protegido lo entendimos ya como la integridad y la salud del feto, y entendimos que el objeto material de la conducta típica no es otra cosa que el feto mismo, el sujeto pasivo en este caso no puede ser sino aquél en quien necesariamente se pueda investir la titularidad de dicho bien jurídico.

Por ello, aún aceptando sin cuestionar el criterio del TC en la STC 53/1985, la falta de capacidad en el feto para ser titular de derechos subjetivos no significa, dado que el

⁷⁷⁸ SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 124.

⁷⁷⁹ CARBONELL MATEU; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 813, pues si bien el momento de la lesión, o de la transmisión de la enfermedad es anterior al nacimiento, lo que se trata de evitar son los efectos que subsistirán con posterioridad al mismo.

⁷⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ. JOAN J: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona 1996, pág. 47.

⁷⁸¹ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Compendio de Derecho Penal - Parte Especial*, 2ª Edición, Madrid, 1987, pág. 12 y 13.

⁷⁸² BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 427.

⁷⁸³ STC 53/1985 de 11 de abril.

Derecho penal protege bienes jurídicos objetivables con independencia de los derechos subjetivos que puedan tener a aquellos por objeto, “con fundamento en el dato indiscutible de que tales seres son los portadores de la integridad y salud protegidas por estos tipos”⁷⁸⁴, que no pueda atribuirse - al feto - la condición de sujeto pasivo de este delito⁷⁸⁵.

Como ya lo dijera el profesor CASABONA, por mucho que se advierta la diferencia de bienes específicos a proteger en el feto y en la persona ya nacida, la singularidad que supone la evolución de un bien jurídico a otro, no debe apartarnos de quién es en realidad el que sufre la agresión⁷⁸⁶.

1.b.1.5) Conducta típica.

El comportamiento o acción típica consiste en causar, por cualquier medio o procedimiento, en un feto, una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en él mismo una grave tara física o psíquica.

La mención expresa -“por cualquier medio o procedimiento” - es claramente indicativa de que el delito de lesiones se configura como un tipo de medios indeterminados, lo que viene a significar que cualquier conducta que traiga aparejada la creación de una lesión o enfermedad para el feto será típicamente relevante.

Por ello, aún y cuando la conducta que colme los extremos típicos no se proyecte directamente sobre el feto, esta será, independientemente de la comisión de un delito contra la salud o vida de la mujer gestante, típicamente relevante para los efectos del delito de lesiones al feto⁷⁸⁷. Y dado que la conducta típica puede realizarse por cualquier medio o procedimiento, es posible afirmar la posibilidad de su comisión tanto por medios comisivos cuanto por medios omisivos⁷⁸⁸.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, en la forma dolosa de producción del resultado cabe imaginarse con relativa facilidad, una hipótesis en que el autor del delito intencionalmente ocasione por omisión el resultado lesivo, ya sea creando o no evitando el

⁷⁸⁴ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 617 y ss.

⁷⁸⁵ Como acontece en el delito de aborto, pues nadie duda que en éste el sujeto pasivo de la acción es el feto mismo aunque no se le reconozca la titularidad del derecho a la vida.

⁷⁸⁶ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales”, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1988, pág. 116.

⁷⁸⁷ Igual, MUÑOZ CONDE: “*Derecho Penal. Parte Especial*”, ob cit, pág. 122, para quien el tipo acoge cualquier forma de producción de una lesión al feto, tanto como consecuencia de actividades o intervenciones que incidan directamente sobre el feto, o indirectamente sobre el cuerpo de la mujer.

⁷⁸⁸ Por todos, RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 99.

riesgo de ataque al bien jurídico tutelado, sin que para ello se requiera de una especial relación del activo frente al bien jurídico⁷⁸⁹.

Sin embargo, la comisión por omisión en la modalidad imprudente de este delito, siempre requerirá de una especial relación del activo frente al bien jurídico⁷⁹⁰, pues si la conducta imprudente se fundamenta en la violación del deber de cuidado, y sí en los términos del artículo 11 del CPE, se entiende que la comisión por omisión se comete infringiendo un **especial deber jurídico de cuidado**, parece indiscutible que la relación especial de cuidado en este tipo penal sólo puede entenderse atribuida al médico profesional sobre el cual existe una específica obligación de protección del bien jurídico.

1.b.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.

Según su relación con el bien jurídico y la modalidad de la acción analizada, el delito de lesiones al feto es un *delito de lesión* que contiene un tipo de lo injusto *de resultado material*, pues la conducta a través de medios indeterminados idóneos debe traducirse en la producción de cualesquiera de los dos resultados previstos por el tipo penal, y que son; perjudicar *gravemente* el normal desarrollo del feto aunque sin impedir la continuación de su desarrollo o, provocarle una *grave* tara física o psíquica, aunque la misma no afecte su normal desarrollo.

No obstante, hay quien sostiene que la alternativa en cuanto a los resultados típicos es más aparente que real, ya que la lesión o enfermedad causada, además de perjudicar gravemente el normal desarrollo del feto terminará provocando una grave tara física o psíquica, “**pues el resultado consistente en - enfermedad o lesión gravemente afectante del desarrollo fetal - parece significar la causación de un proceso de anormal desarrollo que no pocas veces sino siempre tendrá como final la tara física o mental**”⁷⁹¹.

Ahora bien, de la redacción de ésta parte del artículo en comento se evidencia la necesidad de precisar varios conceptos utilizados por el legislador y sin lo cual parece difícil realizar una lectura adecuada del mismo. Dado que las diversas posibilidades de resultado lesivo requieren ser graves para ser típico, obviamente hay que responderse,

⁷⁸⁹ Por ejemplo, en el caso hipotético en que el sujeto X, no médico, que pudiendo evitar que la mujer ingiera una medicina que sabe es nociva para la salud del feto, intencionalmente no hace nada. Art 11.b CPE.

⁷⁹⁰ Lo que supone afirmar que sólo será punible a título de imprudencia éste delito cuando el sujeto activo tenga conocimiento del estado de embarazo de la mujer, no titular sino portadora del bien jurídico.

⁷⁹¹ De esta opinión, RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 97 y ss.

entre otras cosas, ¿qué se entiende por “gravemente” o cómo se mide esta gravedad, ya sea de la lesión o de la tara⁷⁹²?

Por lesión o enfermedad es posible entender la alteración patológica en órganos y tejidos, cuya relevancia típica estará supeditada a las repercusiones que tendrán sobre el feto y después neonato, que para ser típicamente relevantes, se insiste, han de ser graves.

El concepto de “gravidad” en la enfermedad o en la lesión, puede traducirse en la limitación o dificultad añadida a la evolución biológica del feto (en la gestación) o de la persona y, en la tara, la malformación causante de un déficit físico o psíquico de carácter permanente e irreparable⁷⁹³.

Así, el resultado está determinado por la gravedad del perjuicio o menoscabo en la integridad del feto, lo que quiere decir que no toda lesión o enfermedad ocasionada al feto es típicamente constitutiva de éste delito sino sólo aquellas que perjudiquen gravemente el normal desarrollo o provoquen graves taras físicas o psíquicas.

Sin embargo, la anterior conclusión que se desprende de la lectura del mismo tipo penal, no ha sido obstáculo para que un sector estime que si bien es imposible la configuración de éste delito en su modalidad dolosa cuando el resultado no sea calificado como grave, ello no obsta para considerar que es factible la punibilidad de una conducta imprudente que exprese ciertamente un desvalor menor cuando la alteración patológica perjudique levemente el normal desarrollo del feto, o cuando la tara genere un déficit físico que no sea ni permanente ni irreparable; ello a través de la conducta que de lugar a una falta leve prevista en el artículo 621.3 del CPE⁷⁹⁴.

Obviamente, esto no es pacífico en la doctrina, pues hay quienes entienden que esto no será posible dado que la ubicación sistemática de la falta de lesiones por

⁷⁹² Realmente resulta deficiente la técnica legislativa que genere tipos penales cuyos elementos objetivos, como en este caso resulta ser la calificación de “grave”, necesariamente requieran ser acotados a partir de consideraciones subjetivas. En sentido similar QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit pág. 47, considera que la determinación de la “gravidad” en una lesión coloca al ciudadano en el máximo de la inseguridad jurídica.

⁷⁹³ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 623. Este autor distingue la alteración patológica afectante de los tejidos y órganos en dos géneros; alteración somática del conjunto del organismo - enfermedad corporal -, y alteración de las estructuras psíquicas - enfermedad mental -. Por su parte RODRÍGUEZ RAMOS entiende a la lesión como un comportamiento resultativo que genera menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental, en éste caso, de la futura persona. Véase, RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 97.

⁷⁹⁴ En contra FLORES MENDOZA: “El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 188.



imprudencia leve se encuentra ubicado dentro del Título I del Libro II del CPE, por lo que debe interpretarse como referido a la persona y no al feto, excluyendo, por esa razón, la posibilidad de comprender también la causación al feto de lesiones leves por actos imprudentes⁷⁹⁵.

Por el otro lado, éste argumento se rechaza pues así como nadie pone en duda que el feto no es persona, tampoco puede dudarse que en los tipos delictivos contra la vida e integridad corporal (de la persona) el fundamento de la protección no reside en la cualidad de persona, sino en las cualidades y propiedades exclusivamente psicofísicas de su objeto material⁷⁹⁶, y siendo que lo que determina el contenido material del injusto del tipo de la falta de lesiones son precisamente esas mismas cualidades y propiedades - la integridad y salud del feto -, “debe quedar fuera de toda duda que también la causación de lesiones al feto por imprudencia leve es punible en el CPE como falta de lesiones”⁷⁹⁷.

Desde mi punto de vista, si bien sería aconsejable la punibilidad de una conducta imprudente leve que genere un resultado lesivo para la integridad del feto⁷⁹⁸, también hay que reconocer que pretender ahora afirmar que el término “otro” (artículo 617 CPE) no abarca sólo a la persona sino también al feto, a pesar de que el injusto del tipo de falta de lesiones (artículo 621.3 CPE) se encuentra ubicado sistemáticamente en un título referido a las personas, sería tanto como descalificar la propia reforma al CPE antes aplaudida, pues exactamente igual acontecía en las hipótesis en que se lesionaba al feto pero no se aceptaba que el desvalor de dicha conducta pudiera quedar abarcado por el tipo de lesiones previsto para las personas, - principio de legalidad - y en el cual también, expresamente, se hace referencia a “otro”.

1.b.1.5.2) Imputación objetiva.

Una vez que la conducta causante del resultado típico se considera que ha realizado la parte objetiva del tipo, apareciendo ex ante como creadora de un riesgo típicamente relevante, es necesario, pues sabemos bien que para entender producido el resultado del delito no es suficiente la existencia de un nexo causal entre la acción y cualesquiera de los resultados alternos que prevé la figura típica, que esos resultados causados puedan verse como la realización del riesgo relacionado a la conducta.

⁷⁹⁵ PERIS RIERA: “*La regulación penal de la Manipulación Genética en España*”, ob cit, pág. 167; ROMEO CASABONA: “*Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*”, ob cit, pág. 165.

⁷⁹⁶ Así, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 649 y ss.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, pág. 650.

⁷⁹⁸ En contra ROMEO CASABONA: “*Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*”, ob cit, pág. 165.

Ahora bien, sin duda que ello constituirá un especial obstáculo material para que en la práctica pueda realmente sancionarse al autor de la conducta lesiva de la integridad del feto, ya que en el plano probatorio no siempre será fácil constatar o identificar cuál ha sido la acción concreta causante de la lesión, enfermedad o de la tara física o psíquica, y cual ha sido el momento de su consumación ⁷⁹⁹.

Es decir, el problema de probar no sólo el nexo causal sino que la conducta ha excedido el riesgo permitido en estos delitos será una cuestión especialmente complicada porque la constatación de las lesiones, y de ahí de la apreciación del resultado causado como realización de ese riesgo de la conducta, queda diferida a un momento posterior al del nacimiento, e incluso a momentos muy posteriores a cuando se produjo la acción, y porque aún resulta hoy día casi imposible identificar la causa de muchas enfermedades o malformaciones en el feto, como para atribuirles a un determinado comportamiento⁸⁰⁰.

De cualquier manera, para lograr una debida comprensión de los alcances de éste tipo penal, necesariamente hay que responder si el o los resultados a los que se refiere el tipo incluye tanto los casos en que estos (los resultados) se manifiestan sólo durante el proceso de desarrollo o formación intrauterina a partir de los tres meses⁸⁰¹, o aquellos en los que los resultados continúan o aparecen después del nacimiento.

En principio, si se adopta la tesis de que el delito de lesiones al feto protege la integridad y salud de las personas frente a agresiones realizadas antes de su nacimiento, es obvio que aquella acción que lesione gravemente al feto carecerá de trascendencia jurídico penal si al nacer éste no existen secuelas o consecuencias para la integridad física y psíquica del neonato. Si las secuelas permanecen, el delito se entenderá consumado en el momento de la acción, ya que el tipo penal exige que las lesiones se produzcan, invariablemente, en el interior del útero.

⁷⁹⁹ El caso conocido como el "proceso Contergan" en Alemania, es indudablemente un claro ejemplo de la problemática que existe para establecer la causalidad e idoneidad entre la acción y el resultado de lesión, enfermedad, o tara al feto manifestado después del nacimiento. Véase con todo detalle, LÜTTGER HANS: *Medicina y Derecho penal*, ob cit pág. 139 y ss.

⁸⁰⁰ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 122.

⁸⁰¹ El instante en que puede cometerse la lesión, para resultar idónea a los efectos del tipo y su causalidad, varía según el concepto jurídico que se adopte de feto. Por lo tanto, si por feto se entiende el producto desde la fecundación, las acciones y las lesiones al feto que pueden ocasionarse tienen trascendencia desde ese mismo momento. Si se entiende a partir de la anidación o de la organogénesis, las acciones previas a estos momentos resultan ineficaces para efectos del tipo.

Pero si la tesis se corresponde con la posición que estima que el delito de lesiones al feto tutela la integridad física y la salud del feto en si mismo, los resultados en orden al alcance y momento de la consumación del delito son distintos.

En efecto, si una acción determinada afecta el normal desarrollo del feto, alterando gravemente su salud o produciéndole una grave tara física, ésta será típicamente relevante a partir del preciso momento en que la alteración tiene lugar, incluso aunque después la lesión - enfermedad o tara desaparezca y ya no se manifiesten después del nacimiento⁸⁰², pues “la salud e integridad del feto, con el nuevo Código penal, se configura como objeto jurídico de protección autónomo”⁸⁰³.

O bien, si los efectos de la acción proyectada sobre el feto no se manifiestan durante el curso del desarrollo fetal sino a partir del nacimiento, también habrá de considerar a ésta como una acción con trascendencia típica, pues el hecho de que la lesión o tara se manifieste hasta el nacimiento en nada afecta al instante en que se produjo el resultado.

Dicho con otras palabras, por la naturaleza de la acción y del objeto material, la producción del resultado no se corresponde con el momento en que la acción se desenvuelve⁸⁰⁴, lo que no constituye ningún obstáculo, a pesar de la dificultad probatoria que en la práctica ello encierra, para afirmar la necesaria prueba de que por la acción del autor⁸⁰⁵ se ha creado un riesgo desaprobado que a realizado el resultado producido a largo plazo.

1.b.2) Tipo subjetivo.

1.b.2.1) El tipo doloso.

⁸⁰² En el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 448, para quien de la dicción legal cabe deducir que no es necesario que la lesión o enfermedad que perjudique el normal desarrollo del feto deba permanecer en el nacido vivo. En contra, FARRE TREPAT, ELENA: “Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1990, pág. 340, quien - aunque sin olvidar que su afirmación la realizó sin la presencia aún del artículo 157 dentro del CPE, considera serán acciones impunes por atípicas. También en contra; QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 47.

⁸⁰³ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 758.

⁸⁰⁴ Por ello GRACIA MARTÍN llama o define a este tipo como un tipo de resultado material externo, separable espacial y temporalmente de la acción. Cfr; *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 635.

⁸⁰⁵ Además de los problemas apuntados sobre el nexo causal y la comprobación de la idoneidad de la acción en el resultado, éste delito planteará serios problemas procesales referidos a la prescripción de la acción punitiva o de la responsabilidad criminal.

Al igual que en el delito de lesiones contra las personas, el delito de lesiones contra el feto del artículo 157 CPE admite el dolo eventual⁸⁰⁶ entendido como el conocimiento de la posibilidad de que el medio utilizado sea adecuado e idóneo para producir el resultado lesivo - las lesiones típicas - y no obstante ello, realiza la acción lesiva del bien jurídico. Es decir, el tipo está constituido por el dolo directo o eventual y no contiene ningún otro elemento subjetivo.

1.b.2.2) El tipo imprudente.

El tipo imprudente del artículo 158 requiere por su parte, que la inobservancia del deber objetivo de cuidado se realice con culpa consciente o inconsciente⁸⁰⁷, esto es, que la imprudencia sea grave, entendiéndose por ella "la punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja"⁸⁰⁸, o "aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente"⁸⁰⁹.

El mencionado artículo distingue entre la imprudencia común grave y la imprudencia profesional grave, derivándose de esto último, como destacamos líneas atrás, la especial cualidad que requiere una parte del tipo imprudente en el sujeto activo que ocasiona el resultado lesivo por infracción grave del deber objetivo y especial de cuidado, ya que precisamente por la naturaleza del objeto material, de la acción y del bien jurídico, será dentro del ámbito profesional - médico sanitario⁸¹⁰ - en donde con más frecuencia se producirán la inmensa mayoría de estos supuestos⁸¹¹.

Obviamente, la valoración acerca de si la conducta ha sido imprudente y grave no depende del resultado derivado de la acción. Efectivamente, la conducta del médico

⁸⁰⁶ Por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 449.

⁸⁰⁷ En la culpa consciente se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no se dará el resultado lesivo. En la inconsciente no se advierte el peligro, es decir, no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad. Véase MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, ob cit, pág. 270.

⁸⁰⁸ VELA TREVIÑO, SERGIO: *Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del delito*. Editorial Trillas. Segunda Edición, México, 1990, pág. 245.

⁸⁰⁹ SILVELA, citado por MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, ob cit, pág. 271.

⁸¹⁰ De la misma opinión VÁZQUEZ IRUZUBIETA: "*Nuevo Código Penal Comentado*", ob cit, pág. 240, para quien el tipo penal imprudente puede realizarlo cualquier profesional de la sanidad.

⁸¹¹ Para RUIZ VADILLO: "De las lesiones al feto, Comentario", ob cit, pág. 1940-1941, el otorgamiento de un título profesional crea una presunción fundada de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, ya sea por ignorancia o por defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente, distinguiéndose entre la culpa del profesional que al fin y al cabo no es más que la imprudencia común cometida por el profesional que descansa en la impericia.

profesional que lleva a cabo sobre el feto una terapia o diagnóstico médico indicado objetivamente como necesario y ejecutado de acuerdo con las reglas del arte médico, aunque finalice en un resultado desfavorable que se traduzca en una lesión calificada de grave, ocasionando en lugar de una mejoría un empeoramiento del estado de salud, no puede ser considerada, en principio, como típica del delito de lesiones al feto⁸¹².

De ahí que lo importante, para entender debidamente esta parte del tipo penal imprudente, consiste en determinar bajo que condiciones la lesión del feto que provenga de una intervención médica podrá considerarse como subsumible en la hipótesis típica del delito de lesiones al feto por imprudencia grave profesional. Es decir, si como sabemos bien, en el delito imprudente el resultado se deriva de una vulneración de las exigencias de cuidado mínimas que el Ordenamiento jurídico exige al sujeto, la cuestión planteada se centra en determinar los límites del deber objetivo de cuidado, cuya infracción fundamentará el desvalor de la acción de la actividad médica.

Considerando que habrá una infracción al deber objetivo de cuidado “en el caso del tratamiento médico no indicado o el no realizado conforme a la técnica curativa para el logro de una determinada finalidad médica según los conocimientos de la ciencia médica, teniendo en cuenta las circunstancias cognoscibles del caso concreto en el momento del tratamiento; y la omisión del tratamiento curativamente correcto, que aparece como indicado objetivamente para la obtención de un determinado fin de tratamiento”⁸¹³, según los conocimientos de la ciencia médica, bajo las circunstancias del caso concreto en el momento de la necesidad del tratamiento, siendo posible la realización de lo omitido⁸¹⁴, es concebible entonces concretar que habrá una imprudencia grave típicamente relevante de éste delito, cuando, por ejemplo, el profesional prescribe o realiza un tipo de terapia fetal sin que se encuentre objetivamente indicada, por no haber procedido previamente a la práctica de aquellos exámenes sobre los que pudiera basar el diagnóstico, o bien realice una terapia o diagnóstico fetal que, estando objetivamente indicado, haya sido mal realizado por falta o deficiente conocimiento de la eficacia de los

⁸¹² Salvo que la construcción dogmática se elabore bajo una concepción clásica causalista (el injusto como mera descripción de los elementos objetivos de la conducta del agente), se afirmará contrariamente la tipicidad de la conducta del médico por que la cuestión de la tipicidad no depende del éxito o fracaso ni de la intención médica, sino del resultado. Desde el punto de vista doctrinal que actualmente impera, contrario al sistema clásico, la conducta será atípica si el actuar del médico ha sido diligente, pues faltará el desvalor de la acción aunque concurra el desvalor del resultado.

⁸¹³ No comparte la misma opinión GRACIA MARTÍN, quien afirma que no es posible atribuir responsabilidad por omisión en la implantación de un tratamiento, pues la comisión por omisión se fundamenta en la no evitación de un resultado inexistente ex ante y no en la producción de un resultado positivo de creación de un estado no existente con anterioridad.

⁸¹⁴ G. SCHWALM, en BOCKELMANN-FS, pág. 549, citado por BARREIRO JORGE: *La imprudencia punible en la actividad médico curativa*, Editorial Tecnos, Madrid 1990, pág. 44.

medios empleados, por descuido y falta de respeto a las reglas conocidas por la ciencia médica para la ejecución de la actividad médica, o por proporcionar un tratamiento exacto pero tardío o irregular en su ejecución, etc.

En otros términos, para ser considerada grave la inobservancia del deber de cuidado debe revestir un carácter inexcusablemente negligente del médico profesional, habiendo creado con su conducta descuidada un peligro, jurídicamente desaprobado. Habrá pues imprudencia profesional grave cuando la actividad médica que ocasiona el resultado se hace mal pudiendo haberse realizado correctamente, e imprudencia profesional leve cuando la actividad generadora del resultado lesivo - grave - si bien no se ha hecho mal, pudo haberse hecho mejor⁸¹⁵.

Cuando ello no sea así, según vimos, la acción carecerá de trascendencia aunque el resultado se traduzca en una lesión, enfermedad o tara grave para el feto.

De esta manera, en términos generales, ahora que el Código penal español cuenta con un sistema de *numerus clausus* de tipos imprudentes⁸¹⁶, la opción del legislador de castigar la modalidad imprudente de este delito de lesiones al feto debe estimarse correcta pues es ahí en donde se verán reflejados los efectos del desarrollo de las técnicas de ingeniería genética (principalmente del diagnóstico postimplantatorio) y reproductoras que podrán alterar o afectar la salud e integridad del feto como consecuencia de las intervenciones llevadas a cabo sin ponderar los riesgos y ventajas y sin adecuar la actuación a la *lex artis*⁸¹⁷.

Incluso, debido a la vinculación necesaria y requerida entre la modalidad del tipo imprudente y la actividad médico - profesional reproductora, algún sector de la doctrina sostiene que en la realización del tipo imprudente es necesario el conocimiento previo por parte del autor del estado de embarazo de la mujer gestante⁸¹⁸.

⁸¹⁵ Por ejemplo en el caso en que la práctica de una intervención sobre el feto se realice por medio de una técnica válida pero obsoleta y menos fiable que otras más avanzadas y disponibles en el momento, o la prescripción de un tratamiento alternativo también válido pero menos seguro que otros también disponibles. Cfr; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 650.

⁸¹⁶ Artículo 12: *Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*

⁸¹⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 450; VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 759; PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 167.

⁸¹⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *"Nuevo Código Penal Comentado"*, ob cit, pág. 240. En contra, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 433, para quien el conocimiento del estado de gestación de la mujer parece corresponder más a la comisión doloso eventual que a la comisión imprudente.

No obstante, para nosotros eso es así pero sólo en relación a la imprudencia médico profesional relacionada con la medicina reproductora, pues como vimos, son las nuevas posibilidades de acceso al feto, previo conocimiento de su existencia, lo que ha motivado la creación de éste delito y el cual requiere que la acción se proyecte, o bien directamente sobre el feto, o sobre la mujer “gestante”⁸¹⁹.

En el caso de la imprudencia común sin embargo, es posible considerar típicamente relevante la conducta que ocasiona los resultados lesivos sin necesidad de éste conocimiento previo del estado de gravidez de la mujer⁸²⁰.

Inclusive, la imprudencia común puede realizarse por un profesional de la medicina - dentista - en el ejercicio de su profesión, el cual podrá causar con su conducta imprudente (introduciendo anestesia en la mujer - en el su puesto de que esto sea dañino - sin antes cerciorarse, siendo está su obligación, sobre el estado de embarazo de la mujer) el resultado típico requerido, insisto, sin conocimiento del estado de gravidez de la mujer.

Finalmente, antes de terminar el análisis de la modalidad imprudente de éste delito, hagamos mención del tenor del último párrafo del artículo 158, el cual contiene una exclusión o exoneración de responsabilidad penal para la mujer embarazada que ocasione unas lesiones graves en el feto que porta en su interior.

Para VALLE MUÑOZ, esta causa de exclusión de responsabilidad penal para la embarazada supone que la punibilidad de la conducta va referida a la actuación de un tercero ajeno a la mujer gestante sobre el que recaen los deberes de cuidado que pueden fundamentar el injusto, y que no son extensibles a la embarazada puesto que los deberes de cuidado penalmente impuestos sobre el transcurso del embarazo no encontrarían justificación político criminal y, porque las consecuencias podrían ser totalmente contrarias a las perseguidas⁸²¹.

Por su parte, LATORRE LATORRE considera que el fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal se localiza en la imposibilidad de reglamentar lo permitido de lo no

⁸¹⁹ Principalmente en la terapia fetal, diagnóstico fetal y en las labores de parto.

⁸²⁰ Valga como ejemplo el caso hipotético del sujeto que intencional o imprudencialmente busca lesionar a una mujer al exponerla a una onda radioactiva que ocasionará serios trastornos en el feto, cuya existencia dentro del útero de la mujer desconoce.

⁸²¹ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 759. En sentido similar, RUIZ VADILLO: “De las lesiones al feto, Comentario”, ob cit, pág. 1941.

permitido en la vida de la madre durante el embarazo hasta el punto de penalizar cualquier descuido o negligencia de ella⁸²².

Sin embargo, otros opinan que precisamente por ser la mujer la primera que debería cuidar de la salud del feto, su imprudencia debiera ser punible para aquellos supuestos especialmente graves⁸²³, pues a la madre sin duda alguna le es exigible un comportamiento diligente con respecto a la preservación de la integridad y la salud del feto, pues es la primera que debiera cuidar de que su hijo nazca en las mejores condiciones posibles⁸²⁴.

Sea como fuera, la descripción típica descarta toda posible punibilidad para la embarazada, y ello puede encontrar razón, no sólo en la inconveniencia político criminal de regular la vida de la mujer durante el desarrollo del embarazo - lo que apuntaría hacia el fracaso normativo - sino en la idea de pena natural que conlleva el resultado lesivo, consistiendo ello en la grave carga de tener que cuidar un hijo deficiente⁸²⁵.

1.b.3) Error de tipo.

Siguiendo a GRACIA MARTÍN, la complejidad de las circunstancias fácticas que rodean a cada embarazo, toda vez que esos tipos de comportamiento y los delitos que con ellos se realizan tienen su campo de aparición en la práctica de la medicina y de la cirugía de la gestación, dará lugar a que con frecuencia se planteen, en ese ámbito del tratamiento médico o quirúrgico del embarazo, situaciones de error sobre un elemento del tipo característicos de la actividad médica y específicos del tratamiento fetal, como podría ser el caso de que se produjere una lesión o enfermedad al feto al realizar un diagnóstico, al apreciar la indicación del tratamiento o de la intervención o al practicar dicha intervención⁸²⁶, por ejemplo, en el caso de que no se utilice la técnica adecuada, pudiendo versar el error tanto sobre las circunstancias específicas de una intervención o tratamiento en que el paciente sea el mismo feto, como sobre las circunstancias que, afectando

⁸²² Véase; LATORRE LATORRE: "Lesiones al feto", *Mujer y Derecho Penal*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 203.

⁸²³ SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 127. En contra BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos Jurídico Penales de la Reproducción Asistida*, ob cit, pág. 433, quien considera un acierto la exclusión de responsabilidad de la mujer embarazada.

⁸²⁴ En sentido similar, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 651.

⁸²⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 451; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 651 y 652.

⁸²⁶ MUÑOZ CONDE es de la misma opinión y considera que el error en la aplicación misma de la técnica en un caso en que ésta se encuentra aconsejada, debe tratarse como error de tipo. Cfr; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 125.

específicamente al feto, estén implicadas en el seno de una actividad relativa a un tratamiento o intervención en que la paciente sea la embarazada⁸²⁷.

1.b.4) Ausencia de antijuricidad.

Las formas de ataque al bien jurídico reconocido en el tipo penal de lesiones al feto, reiteramos, desde nuestro punto de vista se encuentran especialmente relacionadas y vinculadas con el desarrollo de las técnicas de ingeniería genética así como de la medicina reproductiva, las cuales llevan aparejadas todo un cúmulo de riesgos a los que nos referimos en la primera parte de éste trabajo.

Efectivamente, el desarrollo en éste campo necesariamente ha repercutido en nuevas y mayores formas de agresión, intencionales o imprudentes, sobre la integridad física y la vida en desarrollo, principalmente a través de las técnicas de diagnóstico genético, preimplantatorio o postimplantatorio o de la terapia genética sobre el embrión y feto.

Como ya observamos, la posibilidad de detectar o corregir una anomalía en el embrión o en el feto va aparejada y estrechamente vinculada, de hecho, a una serie de riesgos de producción de efectos negativos para su integridad, cabiendo la posibilidad de que se ocasione una lesión o inclusive la muerte.

Sí ello es así, es decir, si el diagnóstico terapéutico y la terapia son acciones que, por un lado son lícitas en el Derecho español, (siempre y cuando se realice con el fin de buscar el bienestar o favorecer el desarrollo del embrión o feto), y por el otro lado importan la creación de un riesgo para el bien jurídico tutelado, desde la perspectiva del Derecho penal, cuando el riesgo se realice y se considere colmado el tipo penal, dichas actuaciones habrán de ser ponderadas, antes de ser calificadas como antijurídicas, en función de las posibles causas de justificación reconocidas en la parte general del CPE a través del artículo 20.

Para ello, deben reconocerse varios supuestos que en la práctica podrían presentarse.

- a) Diagnóstico postimplantatorio con resultado de lesión al feto.
- b) Terapia postimplantatoria con resultado de lesión al feto.

⁸²⁷ Fuera de la actividad médico gestativa específicamente relacionada con el feto humano, también es posible suponer supuestos de error sobre las circunstancias del tipo, por ejemplo, en el caso de que la mujer embarazada ingiera un medicamento que, sin saberlo, sea nocivo para el desarrollo, salud e integridad física del feto que lleva en sus entrañas. En ese caso, el error excluirá el dolo y la tipicidad, es decir, se tratará, otra de vez, de un error de tipo.

- c) Diagnóstico y/o terapia sobre la mujer con resultado de lesión o muerte al feto.
- a) En principio, en la medida en que el diagnóstico se realice sin violación de la *lex artis*, y con los fines admitidos por el artículo 12.2 de la LTRA, parece imposible plantear la presencia de una causa de justificación cuando ni siquiera puede considerarse típica la conducta generadora de cualquiera de los dos resultados requeridos por el tipo.
- b) Igualmente, en los casos de una terapia realizada conforme a la *lex artis*, y dentro de los límites establecidos por las leyes 35 y 42/1988, que traiga aparejada lesiones (o inclusive la muerte) del feto, y que produzcan cualquiera de los resultados materiales requeridos, tampoco podrá plantearse eximente de responsabilidad criminal alguna pues falta antes la adecuación de la tipicidad en la conducta del autor⁸²⁸. Obviamente, si el resultado lesivo se ocasiona a consecuencia de una conducta imprudente, tampoco cabe la posibilidad de plantear ninguna causa de justificación.
- c) La interrelación entre la mujer gestante y el feto implica necesariamente que en ocasiones extremas, una intervención que resulta indicada para uno de los dos o para ambos, traerá como consecuencia efectos negativos para una de las dos partes, realizándose el tipo de lesiones fetales. Si consideramos la posibilidad de que en este caso concurre una causa de justificación, existirá tipicidad pero la conducta no será antijurídica. En efecto, en un caso así en que existe un conflicto de intereses entre la salud individual o la vida de la mujer, titular de derechos, y la salud del feto, no titular de derechos, la conducta llevada a cabo sobre la mujer para restablecer su salud, que como consecuencia necesaria ocasione lesiones al feto, podrá justificarse a través de la aplicación de la eximente de responsabilidad prevista por el artículo 20.5 del CPE⁸²⁹.

En síntesis, salvo en el caso del conflicto de intereses entre la salud o vida de la mujer y la salud del feto, en la realización del resultado - causación de lesiones o enfermedades típicas - derivado de las acciones propias de la terapia, diagnóstico e

⁸²⁸ Pues a pesar de que el resultado típico se realiza, falta el dolo dado que la voluntad de la acción estaba dirigida a la curación.

⁸²⁹ De esta opinión BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 432. En contra, por considerar que no es posible ninguna causa de justificación, pues la diferencia de lo que podría ocurrir en el aborto es sacrificar la vida del feto para salvar la vida de la madre, mientras que en este caso las lesiones no tienen relación con la vida de éste, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 125; También en contra, QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 47.

inclusive experimentación terapéutica fetal, llevadas a cabo conforme a la lex artis y sin exceder el riesgo permitido, no será necesario acudir a ninguna causa de justificación por cuanto que ni siquiera estaremos frente a una conducta típica que, por ende, requiera ser justificada⁸³⁰.

1.b.5) Culpabilidad. Error de prohibición.

No existen en éste ni en todos los otros delitos que vamos a analizar, especiales consideraciones que merezcan realizarse en torno a la imputabilidad o a cuestiones específicas de inculpabilidad, salvo aquellas relacionadas al específico desconocimiento de que la realización de un hecho se encuentra objetivamente prohibido por la norma penal.

Así, MUÑOZ CONDE plantea que el error sobre los presupuestos de una intervención sobre un feto debe tratarse como un error sobre la licitud conforme al apartado 3º del artículo 14 del CPE, opinión que es secundada por GRACIA MARTÍN quien afirmó que en un caso así, en que las agresiones al feto se producen debido a la creencia errónea de que concurre o un estado de necesidad o de colisión de deberes entre la mujer gestante y el feto, favorable a la madre, habrá que tratarlo como un error de prohibición al concurrir un error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación.

1.b.6) Tentativa y Consumación.

El tipo penal admite, obviamente⁸³¹, la comisión en grado de tentativa, siendo posible imaginar casos en que el autor de la acción pretenda lesionar el bien jurídico protegido, realizando todas las acciones tendentes a ello y que, por razones ajenas al activo, no se produzca el resultado.

Ahora bien, una última cuestión surge del planteamiento paralelo en la doctrina que considera que, sí el delito se entiende consumado cuando se produce con la acción una enfermedad o lesión que altere el desarrollo normal del feto, o que le provoque un menoscabo o déficit físico o psíquico (tara), la conducta carecerá de relevancia jurídico penal cuando ella se proyecte sobre un feto cuyo desarrollo ya es anormal y por lo tanto alterado, o bien sobre un feto que ya tiene una tara calificada como grave y un déficit físico o psíquico previo.

⁸³⁰ De la misma opinión, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 635.

⁸³¹ Por tratarse de un delito de resultado material.

Esta posición ha sido sostenida principalmente por CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC, quienes consideran que el tipo, interpretado en el contexto general del Ordenamiento en su conjunto, exige que el feto sea sano⁸³². Empero, no obstante que la afirmación de estos autores podría encontrar apoyo en el mismo Ordenamiento legal español⁸³³ que, según vimos, permite acciones experimentales no terapéuticas sobre fetos no viables y que alterarán (aún más) el ya alterado desarrollo del objeto material del tipo en cuestión, no es posible compartir esa afirmación pues ella en realidad requiere matizarse.

Los autores asimilan la falta de salud o enfermedad con inviabilidad, lo cual es impreciso. Un feto enfermo no necesariamente es un feto inviable, y así como en el delito de lesiones contra las personas no se exige que el sujeto pasivo sea un individuo sano, así también éste delito debe proteger la integridad del feto independientemente de su estado de salud⁸³⁴, pero no de su estado de viabilidad.

Es decir, parecería que si no se acepta este criterio doctrinal que requiere de un feto sano para considerar idóneo y consumado el hecho delictivo, las permisibilidad de las acciones que el Ordenamiento administrativo contempla sobre fetos vivos pero no viables, deberían considerarse ilícitas desde el prisma de los artículos 157 y 158 del CPE, lo que además de ser imposible jurídicamente, constituiría una alarmante contradicción.

Pero en realidad, insisto, para poder rechazar como requisito para la tipicidad que la conducta se proyecte sobre un feto que sea sano - "puesto que el objeto material de la acción recae en el feto en su estado concreto de salud e incolumidad al tiempo de aquella, por tanto es indiferente que padezca ya una enfermedad, anomalía o malformación"⁸³⁵- no es necesario rechazar la validez de aquellas disposiciones que permiten la experimentación e intervención sobre el embrión o feto vivo cuya consecuencia es siempre (no terapéutica) la alteración a su integridad física, sino diferenciar ante todo entre un feto enfermo y un feto no viable, es decir, habría que distinguir con claridad que el feto enfermo no siempre ni necesariamente sería inviable.

⁸³² Comparte esa misma opinión JUNCO MANS: *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, ob cit, pág. 1001 y; GONZÁLEZ RUS: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, ob cit, pág. 135, para quien si el feto ya tuviere alterada la salud no podrá apreciarse el delito.

⁸³³ Ley 42/1988 y STC 212/96.

⁸³⁴ CARBONELL MATEU; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 813. También así, FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 184.

⁸³⁵ ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", ob cit, pág. 165.

Es decir, sólo si las graves taras o enfermedades producen o generan un estado en el que el feto no estará dotado de las mínimas condiciones de viabilidad, “en las conductas lesivas de la integridad del feto no viable falta la lesividad propia de la conducta típica, al faltar el objeto formal del delito o bien jurídico protegido”⁸³⁶. Pero cuando el feto enfermo no haya perdido esa viabilidad, es evidente que el objeto formal de protección de éste delito seguirá existiendo.

Obviamente entonces que el quid de la cuestión radicarán en precisar qué es la viabilidad de un feto⁸³⁷ o cómo se determina ésta, bastando para ello recordar lo señalado infra por el TC cuando se ocupó en la STC 212/96, por cuenta propia, de definir lo que habría que entender por viabilidad aplicado al embrión y feto, declarando que ello hace referencia a su capacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona, queriendo decir con la expresión no viable que nunca va a nacer. Por tanto, aquel feto enfermo que tenga posibilidades de nacer, de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona, - viable - seguirá siendo indiscutiblemente, reitero, el objeto formal de protección de la figura típica en comento.

1.b.7) Penalidad.

Las penas establecidas en este artículo deben separarse en dos categorías. Pena privativa de libertad, tanto en la modalidad dolosa cuanto en la culposa y; Pena privativa de derechos, consistente en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo (modalidad dolosa y sólo en la imprudencia profesional).

En el tipo doloso la pena es mixta y esta compuesta por una pena privativa de libertad de uno a cuatro años, y por una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Independientemente de las consideraciones en torno a la proporcionalidad y racionalidad de las penas contempladas, sin duda que la pena de inhabilitación especial

⁸³⁶ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 428.

⁸³⁷ Baste recordar aquí que en España ni las Leyes de 1988 ni ninguna otra define el criterio legal normativo de lo que debe entenderse por viable o no viable. La Ley alemana por su parte requiere también para que el embrión pueda acceder a la protección prevista, que sea susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo. Sin embargo, (apartado segundo del párrafo 8 de la Ley Alemana sobre protección de embriones) la diferencia con España es elocuente si consideramos que la misma Ley establece que en las primeras veinticuatro horas después de la fusión de los núcleos se entenderá que el óvulo humano fecundado es susceptible de desarrollo, a no ser que ya antes del transcurso de este periodo de tiempo se constataste que éste no podía desarrollarse más allá de este primer estadio unicelular.

para ejercer cualquier profesión sanitaria, corrobora que aún y cuando el tipo no es formalmente especial, “el legislador estaba pensando básicamente en lesiones fetales causadas por profesionales”⁸³⁸.

Esta pena privativa de derechos para los profesionales sanitarios, si se atiende a la descripción del artículo 157, se prevé como una pena principal agravada, a mi parecer, inadecuadamente amplia, pues dentro del término “cualquier profesión sanitaria”, cabe, valga la redundancia, cualquier actividad profesional sanitaria que no encuentre relación con el objeto de protección del tipo penal⁸³⁹.

En cuanto a la pena privativa de libertad, hay quien considera que la sanción establecida viola el principio de proporcionalidad en relación con las penas previstas para el delito de lesiones a un nacido y para el delito de aborto consentido⁸⁴⁰, considerándola desproporcionada porque se castigan más las lesiones al feto (salud) que el aborto consentido⁸⁴¹ y, porque además de que se castigan más las lesiones al feto que las lesiones a las personas⁸⁴², para las lesiones al feto se establece una pena de inhabilitación que no está prevista para los delitos de lesiones a las personas⁸⁴³.

Otros coinciden en que existe una violación al principio de proporcionalidad, pero esta la entienden en sentido inverso dado que cuando se trata del feto se da una inversión valorativa en comparación a la protección a esos bienes jurídicos cuando se trata de la

⁸³⁸ FLORES MENDOZA: “El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 191.

⁸³⁹ Para BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 430, la pena cumple con una finalidad de prevención general respecto al resto de los profesionales, y de prevención especial, impidiendo que el sujeto continúe prestando sus servicios indirectamente sobre otras mujeres embarazadas.

⁸⁴⁰ Art 145.1: *El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria....*

⁸⁴¹ Situación que en palabras de QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 48, no deja de ser motivo de perplejidad. No obstante, ello no ocurre en el caso del aborto no consentido del artículo 144 CPE que establece una pena mayor que el delito de lesiones fetales.

⁸⁴² Art 147.1: *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o la salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años,.....*

⁸⁴³ LATORRE LATORRE: “Lesiones al feto”, ob cit, pág. 204. En contra, ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, ob cit, pág. 166, quien no comparte esta opinión pues debe tomarse en cuenta que las lesiones la feto tipificadas son únicamente las graves y el tipo de lesiones al nacido del artículo 147.1 alude tan sólo a los tipos básico y atenuado. Los otros delitos cualificados de lesiones a las personas (art 148, 149 y 150 CPE) evidencian una mayor punibilidad para las lesiones a las personas que al no nacido.

persona nacida, siendo más grave producir lesiones graves al feto que el aborto mismo, puesto que las lesiones, una vez nacido habrá de padecerlas durante toda su vida, considerando que existe una desproporcionalidad pues la pena prevista para el delito de lesiones fetales es insuficiente y escasa para reflejar la mayor gravedad de las lesiones con respecto a la muerte del feto. Por lo tanto, la pena del delito de lesiones debería ser superior a cuando menos igual a la prevista para el aborto sin consentimiento de la embarazada⁸⁴⁴.

En el tipo imprudente común, la pena es única pues contempla el arresto de siete a veinticuatro fines de semana, mientras que en el tipo imprudente especial es un tipo agravado pues la pena es mixta y contempla, además del arresto, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de dos años.

Sobre la inhabilitación especial destaca sin duda que el legislador haya señalado genéricamente “el ejercicio de la profesión, oficio o cargo” sin precisar, a diferencia de la como lo hizo en el caso de las lesiones dolosas, si ello va referido a la conducta de los “profesionales de la salud prenatal” o a cualquier otro profesionista. Parecería que el legislador tuvo en mente la posibilidad de que el hecho típico sea realizado por persona en ámbitos profesionales distintos de los sanitarios, lo que para nosotros es inadmisibles, pues agravar la pena por el hecho de que un “arquitecto” participe en la realización de la conducta típica carece de cualquier fundamento jurídico penal, pues entendido así no se encuentra fundamento alguno ni en el principio de prevención general ni en del prevención especial.

Por ello, considero por un lado que la sanción del tipo imprudente agravado esta referido exclusivamente a los profesionales sanitarios a quienes puede exigírseles ciertos niveles de cuidado objetivo y, por el otro, que esa deficiente (por exceso en su generalidad) redacción que utiliza el legislador pretende abarcar la participación de aquel autor, participe o coautor que no sea un profesional de la sanidad, ello bajo las reglas de autoría y participación en el delito.

1.b.8) Concursos.

Brevemente han de señalarse las diferentes posibilidades de situaciones concursales que pueden derivarse del tipo de lesiones al feto con otras figuras típicas, principalmente con los delitos de lesiones, homicidio, aborto y manipulación genética.

⁸⁴⁴ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 644 y 645. En contra, ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, ob cit, pág. 166.

Ello es así pues la forma en la que el feto puede ser lesionado requiere que se realicen determinadas acciones a través del cuerpo de la mujer que lo gesta, de cuya relación surgirán las diferentes posibilidades de agresión a distintos bienes jurídicos, pudiéndose señalar básicamente las siguientes hipótesis:

- 1.) Conducta que busca la destrucción del feto con resultado final de lesiones fetales
- 2.) Conducta que busca la destrucción del feto con resultado final de lesiones a la mujer gestante.
- 3.) Conducta que busca la lesión al feto con resultado de aborto.
- 4.) Conducta que busca lesionar a la mujer gestante con resultado de lesiones fetales.
- 5.) Conducta que busca lesionar a la mujer gestante con resultado de aborto.
- 6.) Conducta que busca matar a la mujer gestante con resultado de lesiones al feto.
- 7.) Conducta de manipulación genética no terapéutica al feto con resultado de lesiones fetales o aborto.

En el primer caso, cabría aplicar un concurso ideal entre los delitos de aborto doloso tentado y lesiones consumadas al feto imprudentes⁸⁴⁵.

En el segundo caso, igualmente podría aplicarse un concurso ideal entre los delitos de aborto en grado de tentativa y lesiones consumadas a la mujer gestante.

⁸⁴⁵ Así, MUÑOZ CONDE: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, ob cit pág. 122; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 638; FLORES MENDOZA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", ob cit, pág. 192. Algunos también estiman que cabe la posibilidad de aplicar en esta hipótesis un concurso de leyes que tendría que resolverse a través de la aplicación del principio de alternatividad. No obstante, esta solución no resulta convincente pues, a diferencia del concurso ideal, ni el aborto consumado cubre el desvalor del resultado, ni las lesiones dolosas consumadas cubren el desvalor de la acción de destrucción del feto. En contra, RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 102, para quien la tentativa de aborto que termina en lesión del feto no es un concurso real, ideal o instrumental de delitos sino de normas, ya que se trata de un hecho susceptible de ser calificado con arreglo a dos preceptos del CPE, lo cual, según el artículo 8º habría que resolver aplicando el último de los criterios, utilizando el precepto que prevea la pena o penas más graves.

En el tercer supuesto, sería factible la aplicación de un concurso ideal entre el delito de lesiones al feto en grado de tentativa y aborto imprudente consumado.

En el cuarto supuesto, cabe la posibilidad de sancionar, vía la aplicación de un concurso ideal, por un delito de lesiones dolosas tentadas y lesiones consumadas al feto por imprudencia.

En el quinto supuesto, igualmente habría que aplicar un concurso ideal entre lesiones dolosas en grado de tentativa y aborto imprudente consumado.

En el sexto supuesto, habrá concurso ideal entre los delitos de tentativa de homicidio (dolo de matar a la mujer embarazada) y lesiones al feto imprudentes consumadas.

Finalmente, en el séptimo supuesto existirá un concurso ideal entre los delitos de manipulación genética tentada y el delito de lesiones al feto⁸⁴⁶ consumadas a título de imprudencia⁸⁴⁷.

2. De los delitos relativos a la manipulación genética.

2.a) Marco General del Título V, Libro II del CPE.

Como hemos precisado en la primera parte del trabajo, los antecedentes del actual Título V del Libro II del CPE se remontan, en el plano legislativo, al proyecto de Ley orgánica del Código penal de 1992, rubricado bajo la fórmula “De la manipulación genética en embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida” en que por primera vez se pretendía criminalizar algunas conductas consideradas previamente como antijurídicas por las leyes administrativas de 1988 relacionadas con la ingeniería genética manipuladora y con la ingeniería reproductiva humana, y cuyo fundamento inmediato podía encontrarse en la búsqueda de parámetros claros y objetivos que permitieran acotar con claridad los límites entre el indudable derecho fundamental a la producción, creación y desarrollo científicos, a la protección de la familia e indirectamente a la mejora de la salud,

⁸⁴⁶ Si la manipulación no genera alteración del desarrollo y salud del feto habrá sólo delito de manipulación genética. Si la manipulación persiguiese una finalidad terapéutica, obviamente no habrá, según fundamentaremos más adelante, delito de manipulación, pudiendo aparecer solamente consumado el delito de lesiones al feto por imprudencia profesional. Si la manipulación se lleva a cabo sobre un embrión no anidado o anidado, aún y cuando altere el normal desarrollo del futuro feto, no habrá concurso pues respecto de las lesiones al feto la conducta se habrá proyectado sobre un objeto inidóneo.

⁸⁴⁷ En contra, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 450, para quien deberá apreciarse un concurso de leyes que deberá regirse por el principio de especialidad; En idéntico sentido ROMEO CASABONA Y CUERDA RIEZU.

y el debido respeto a otros derechos también fundamentales de la persona, o inclusive de naturaleza colectiva, que se estiman portadores de una serie de bienes jurídicos de altísima importancia y por ello dignos de protección jurídico penal⁸⁴⁸.

“Se trata, esencialmente, en el campo de la experiencia adquirida, de exigencias biomédicas de proteger al ser humano en cuanto puede ser objeto de experiencias, no tolerables, de proteger su presumible y futura libertad de decisión y de fijar límites aunque la criminalización de los investigadores científicos y de los médicos, así como la correspondiente amenaza de sanciones penales ha de situarse en el campo de la ultima ratio”⁸⁴⁹.

Señalábamos también cómo la doctrina en general contempló de manera favorable ésta decisión tomada por el legislador de incriminar algunas de las conductas consideradas por las disposiciones administrativas como lesivas de una serie de intereses que hasta ese momento resultaban irrelevantes para la legislación penal⁸⁵⁰, pero sin dejar de señalar lo desafortunado que en lo general resultaban aquellos proyectos, subrayando los principales errores que a su juicio se contenían en lo que fue el primer intento por elevar a la categoría penal dichas actividades⁸⁵¹, buscando, dado los efectos ambivalentes

⁸⁴⁸ Inclusive, para GONZÁLEZ CUSSAC la esencia misma de la dignidad humana es lo que se halla en el centro de la cuestión aunque resulte obvio que la utilización de los nuevos procedimientos en ingeniería genética puede significar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos como la vida, la salud, la integridad, el honor, la intimidad, libertad, etc. Ver “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 3, 1995, pág. 69-70. De la opinión contraria RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial, Lección VII*, (Los delitos relativos a la manipulación genética) ob cit, pág. 103 -104, quien ve en la tipificación de estas conductas un carácter de simbolismo y orientación social de la legislación penal que no protege bienes jurídicos atacados en la actualidad, sino que busca la protección de riesgos futuros previsibles desde el actual estadio de desarrollo de las ciencias médicas y biológicas.

⁸⁴⁹ RUIZ VADILLO, ENRIQUE: “Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario”, *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, ob cit, pág. 1944.

⁸⁵⁰ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 656 y ss; RUIZ VADILLO: “Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario”, ob cit, pág. 1944; SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 452. En contra RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 103, quien atribuye la decisión de criminalizar estas conductas a la “borrachera expansiva del legislador penal” alentada por reivindicaciones de protección penal de algún sector de la doctrina.....”.

⁸⁵¹ Entre ellas; su carácter simbólico y poco eficaz; indiscriminada criminalización con el consecuente rompimiento del principio de intervención mínima, abuso de la ley penal en blanco; La inclusión del término “tipo constitucional vital”, desconocido jurídicamente; la incorrecta criminalización del delito de selección de sexo a través de el empleo erróneo del término “determinación de sexo” que alude a la averiguación y no a su selección o fijación; la incorrecta criminalización del delito de inseminación artificial, pues ni el término artificial era correcto (en lugar de artificial señalar asistida) y porque el legislador, habiendo buscado garantizar o proteger un cierto bien jurídico (la libertad reproductiva de la

del desarrollo tecnológico en general y genético reproductivo en particular, que sólo fueran tipificadas aquellas actividades de investigación sobre las cuales exista consenso general sobre su total inaceptabilidad⁸⁵².

Sabemos pues que, aún y cuando aquel primer intento de criminalización de las conductas relacionadas con las ingeniería genética y actividades reproductoras fue rechazado, indudablemente dio paso al texto actual del Título V del Libro II del CPE, denominado "Delitos relativos a la manipulación genética" cuyas figuras delictivas comprenden comportamientos punibles que se realizan en la práctica tanto de la utilización de las nuevas tecnologías desarrolladas e implantadas en el campo de la ingeniería genética cuanto de la reproducción humana asistida, lo que ya es en sí mismo un indicativo de que si bien muchas de las deficiencias destacadas por la doctrina al proyecto criminalizador de 1992⁸⁵³ fueron corregidas, continuó observándose no sólo una falta de adecuación entre la regulación penal y la regulación administrativa en vigor, sino ciertos defectos técnicos o características irrenunciables en la conformación y estructuración típica que dificultan la precisión de las conductas prohibidas y la concreción de los bienes jurídicos a proteger.

En efecto, el Título V de éste Libro II del CPE dedicado a los delitos relativos a la manipulación genética, contiene tipos delictivos que nada tiene que ver con ella⁸⁵⁴, agrupando actividades que van desde la manipulación del genotipo humano hasta la creación de armas biológicas o la práctica coaccionada de una técnica reproductiva asistida, evidenciándose así la presencia de más de un interés jurídico protegido, lo que en principio representa una ruptura en la pretensión sistemática de integración de los delitos en atención al bien jurídico protegido⁸⁵⁵, y que exigirá un notable esfuerzo

mujer) limitaba innecesariamente el tipo penal al señalar "inseminación", dejando fuera otras posibilidades de realización lesivas del bien jurídico que busca proteger, etc. Cfr con detalle; PERIS RIERA: *La regulación de la Manipulación Genética en España*, ob cit, pág. 138 y ss; CUERDA RIEZU: "Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial en el proyecto de CPE de 1992", ob cit, pág. 225; GONZÁLEZ CUSSAC: "Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española", ob cit, pág. 84; ROMEO CASABONA: "Límites penales de la manipulación genética", ob cit, pág. 209.

⁸⁵² Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 5 julio - diciembre, 1996, pág. 50.

⁸⁵³ Así como al Proyecto de CPE de 1994.

⁸⁵⁴ Cfr; LACADENA JUAN RAMÓN: "Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: un comentario genético", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 5, 1996, pág. 208; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 125; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 436.

⁸⁵⁵ De esta opinión ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 172.

interpretativo en aras de poder fijar taxativamente y sin desmesura el alcance y límites de la intervención penal⁸⁵⁶.

Para intentar explicar ello, es necesario retomar muy resumidamente las discusiones que en torno a la tipificación de estos delitos tuvo lugar cuando después de que el legislador decidiera la inclusión de los tipos recién creados en el Código penal - y que en el proyecto de 1994 se contemplaban dentro de las leyes administrativas -, la doctrina se preguntara si era eso correcto, o si debieron incrustarse en la Ley especial, en este caso representada tanto por la Ley 35/1988 cuanto por la 42/1988.

Efectivamente, la opinión sobre la decisión de incluir estas figuras en el Código penal se encuentra dividida entre aquellos que consideran que la elevada especialización y el constante avance de la investigación científica en ésta área del conocimiento se enfrenta ante el principio de que el Código penal debe tener permanencia, estabilidad y duración, por lo que hubiera sido mejor incluir estas figuras típicas en la Ley especial y no en el Código penal⁸⁵⁷.

Frente a ello, la regulación de estos delitos en el Código penal debe verse como un acierto⁸⁵⁸ si se estima que, dada la importancia y trascendencia de los bienes jurídicos y la limitación de la punibilidad a formas de agresión inequívocamente reprobables, los contenidos de los tipos delictivos no se alterarán aún y cuando los avances científicos se produzcan⁸⁵⁹. Además, con ello se busca evitar el desperdigamiento de los delitos en muchas leyes especiales, evitando la multiplicación de las normas con la consecuente degradación de la propia técnica legislativa⁸⁶⁰, ayudando a reafirmar el efecto preventivo general y una aplicación más armónica e uniforme de los principios generales de la responsabilidad penal⁸⁶¹.

Y aunque determinar si fue esto lo más correcto no es trascendente, pues lo que finalmente importa es que el legislador incorporó a la esfera del Derecho penal la

⁸⁵⁶ VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 762.

⁸⁵⁷ Así, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 817; Del mismo en, "Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española, ob cit, pág. 86; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 130; ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, ob cit, pág. 412;

⁸⁵⁸ SÁNCHEZ MOLERO, JOSÉ; SOLER MATUTES, PEDRO: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", *La Ley*, Volumen III, Mayo 1997, pág. 1686.

⁸⁵⁹ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 658.

⁸⁶⁰ PERIS RIERA: *La regulación de la Manipulación Genética en España*, ob cit, pág. 193.

⁸⁶¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 58.

protección de ciertos bienes jurídicos, desde nuestro punto de vista si es un indicativo de que la decisión tomada por el legislador requería ir acompañada de mayor precisión sistemática que, en caso de haber optado por la tipificación en Ley especial, no le hubiera sido exigible ni reprochable.

Como iremos viendo, el epígrafe de éste Título V del Libro II se refiere a la manipulación genética, contenida sólo en el delito de manipulación de genes del artículo 159, en el 160 y en ocasiones en el contenido en la segunda parte del artículo 161.2. Sin embargo, ni el de fecundación de óvulos para fines distintos a la procreación del artículo 161.1, ni en el delito de creación de seres humanos por clonación contemplado en la primera parte del artículo 161.2, ni el delito de reproducción asistida no consentida del artículo 162 comportan manipulación genética alguna⁸⁶² e identificación con un interés jurídico protegido único o central⁸⁶³, “como parecería exigible a la vista de su ubicación sistemática dentro de un Código penal”⁸⁶⁴.

Por ello, si el legislador hubiera optado por incorporar los tipos penales en la Ley especial, ante la pluralidad y vínculo del cúmulo de actividades relacionadas no sólo con la ingeniería genética manipuladora sino con la ingeniería genética no manipuladora y la reproducción humana, que no comporta alteración, sustitución o supresión genética alguna, éste requisito no hubiera sido exigible y no encontraríamos razón para criticar en una Ley que regula pluralidad de conductas, la regulación de una pluralidad de bienes jurídico penales.

Sin embargo, a contrario sensu, dado que el legislador optó por mantener la centralidad del Código penal, la exigencia de una efectiva sistematización que comporte una clara identificación del interés jurídico protegido dentro de un código punitivo debió haberlo llevado, en un principio y sin perjuicio de las futuras matizaciones, a:

⁸⁶² Sin embargo para LACADENA CALERO: “Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: un comentario genético”, ob cit, pág. 209, aún y cuando el término manipulación genética suele entenderse en sentido estricto y vinculado a la manipulación de genes mediante técnicas de ingeniería genética molecular, el término utilizado por el legislador debe aplicarse a sensu lato en su significación más amplia, entendiendo con ello tanto a la manipulación del ADN, las células, los individuos desde el estado embrionario o las poblaciones humanas.

⁸⁶³ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 828, no está de acuerdo y considera que el tipo penal del artículo 159 opera como tipo básico residual respecto de los artículos 160 y 161. No obstante, como lo destaca GRACIA MARTÍN, ello es inexacto pues un tipo básico es aquel cuya totalidad de elementos están comprendidos como básicos de otro, lo que según se observa, no ocurre en este caso.

⁸⁶⁴ ROMEO CASABONA: *Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética*, ob cit, pág. 172.

Denominar al Título V del Libro II; ***De los delitos relativos a la ingeniería genética, la reproducción asistida no consentida y la creación de embriones humanos sin finalidad procreativa***⁸⁶⁵, lo que incluiría tanto la ingeniería genética manipuladora (art 159 y 160) cuanto la no manipuladora (161.1) la fecundación de óvulos sin finalidad reproductora, (161.2) creación de seres humanos idénticos por clonación, así como las técnicas de reproducción asistida no consentida del artículo 162.1, o;

Denominarlo ***“De los delitos relativos a la manipulación genética y la creación de embriones sin finalidad procreativa”***, pero reenviando el tipo del artículo 160 al Título XVII - “De los delitos contra la seguridad colectiva” - Capítulo I - “De los delitos de riesgo catastrófico” Sección 3ª del CPE⁸⁶⁶, y reenviando el tipo del artículo 162 al Título VI - Delitos contra la libertad - o;

Denominarlo simplemente como lo ha hecho, ***“Delitos relativos a la manipulación genética”*** pero reenviando el tipo del artículo 160 y 162 en los términos anteriormente propuestos, y los tipos de los artículos 161.1 y 161.2 a un Título autónomo que podría ubicarse entre el Título II y el Título III del Libro II del CPE⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ BENÍTEZ ORTUZAR que considera hubiera sido más acertado el término “De la manipulación genética y la reproducción asistida no consentida”. Sin embargo, de esta manera seguiría sin quedar abarcado bajo esa rubrica el tipo del artículo 160 y 161.1. Véase; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 436.

⁸⁶⁶ Para la mayoría de los autores; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 673; DE LA CUESTA ARZAMENDI: “Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 66; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial (2ª Edición 1997)*, ob cit, pág. 130; ROMEO CASABONA: *Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética*, ob cit, pág. 177; VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 772; éste delito debería localizarse sistemáticamente entre los delitos contra la comunidad internacional. Por su parte, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 496, considera que el delito debió quedar tipificado dentro de los delitos contra la salud pública o de genocidio, e inclusive dentro de la Ley 15/1994 de 3 de junio por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; mientras que para MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 181, el tipo estaría sistemáticamente mejor ubicado ya sea entre los delitos de riesgo en general, o contra la seguridad colectiva, o contra la salud pública, o entre los delitos contra la paz del Estado o contra la Comunidad Internacional, como una modalidad preparatoria del genocidio.

⁸⁶⁷ Alternativa está última que parecería adecuada, si consideramos que la protección penal que, entre otras, otorgan ambos tipos, como veremos supra cuando realicemos el análisis correspondiente a esas figuras típicas, es también la vida misma del preembrión humano generado y su no instrumentalización.

De esta manera, adoptando cualquiera de las fórmulas sugeridas, que no dejan de considerar ninguna de las conductas cuyos bienes jurídicos ha estimado el legislador merecen la tutela jurídico penal, podría seguirse optando por el criterio de centralidad del Código penal frente a la proliferación de minicódigos penales en leyes especiales, pero proporcionando al mismo tiempo una efectiva y correcta concreción sistemática que permita identificar a través del enunciado general que da *título* al epígrafe, el interés jurídico que el legislador ha estimado oportuno tutelar.

En un sentido similar, RODRÍGUEZ RAMOS considera que dada la conformación actual del Título V del Libro II del CPE, el conjunto formado por los artículos integrantes del Título V puede descomponerse en un esquema doble en el que por un lado se agrupen los *Delitos relativos a la ingeniería genética*, comprendiéndose ahí el delito de alteración del genotipo mediante manipulación de genes humanos con fines distintos a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves (art 159), y la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana mediante ingeniería genética (art 160), y por el otro los *Delitos de fecundación artificial* comprendiendo el delito de fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación (art 161.1), el delito de creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (161.2), y el delito de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento (art 162.1)⁸⁶⁸.

De cualquier manera, lo que resulta obvio es que el actual epígrafe del Título V del Libro II es inadecuado al agrupar actividades que nada tienen que ver entre sí, ni con la manipulación genética, lo que indica que dentro de éste título se encuentran tutelados diversos bienes jurídicos que no tienen nada en común⁸⁶⁹ salvo el hecho de que pueden lesionarse o ponerse en peligro a través de conductas desarrolladas en un ámbito de estrecha y sutil vinculación entre el desarrollo de las técnicas de recombinación del ADN y la medicina reproductiva.

Así, una vez precisado lo anterior, y conscientes de la existencia de la diversidad de bienes jurídicos tutelados en un mismo epígrafe, demos paso al análisis de cada una de esas figuras delictivas.

2.b) El tipo de manipulación de genes humanos. Artículo 159. Análisis.

⁸⁶⁸ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 104 y 105. No obstante, no comparto plenamente esta opinión pues precisamente lo que caracteriza la conducta típica del artículo 161.2 es que la obtención de los embriones humanos no será realizado a través de la fusión asistida de los gametos humanos.

⁸⁶⁹ De la misma opinión; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 125; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 820.

Artículo 159.1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

2.b.1) Tipo objetivo.

2.b.1.1) El bien jurídico protegido y el objeto material.

Realmente, pocos son los tipos penales en que puede encontrarse un menor acuerdo entre las opiniones doctrinales sobre lo que constituye el interés jurídico protegido. Empero, ello es comprensible si atendemos a las dificultades, muchas veces insalvables, que se han ido presentado para el jurista como consecuencia del desarrollo incesante de la ciencia en general y la genética en lo particular, y que pueden verse expresadas a través de las posiciones que durante el primer capítulo de éste trabajo hemos analizado.

Por lo tanto, si queremos determinar el bien jurídico tutelado en este artículo 159 lo primero que debemos recordar es que la rubrica del Título V no es precisa; que ésta, la alteración del contenido genético puede realizarse, en estricto sentido, actuando sobre células somáticas, germinales, embrionales o fetales - diferenciadas o no diferenciadas -; que la manipulación sobre el embrión no anidado antes de los catorce días es una conducta que se proyecta sobre células no diferenciadas y; que la manipulación genética de gametos no es antijurídica en tanto no se empleen para la fecundación.

Ello constituye ya un límite que nos permitirá concretar lo que el tipo puede proteger, y derivar cuál o cuáles son los bienes jurídicos que al Derecho penal corresponde tutelar. Veamos:

a) Para el sector de la doctrina que considera que la manipulación genética constituye un ataque a la dignidad del ser humano, como individuo o como especie, por cuanto que esa dignidad es negada por la manipulación o dirigismo en el proceso de formación del ser humano, imposibilitando las condiciones básicas donde sustentar y hacer posible el libre desarrollo de la personalidad, debe rechazarse que el objeto de protección sean las células o su individualidad en sí mismas, o bien, los supuestos

intereses del preembrión o embrión en si mismo considerados, sino mas bien que el hecho de su protección supone una garantía para preservar los atributos y derechos elementales que emanan del marco constitucional con los que habrá de arropar al futuro ser humano⁸⁷⁰, adelantando el momento de la prohibición a las manipulaciones ilícitas sobre los embriones no anidados y, por lo tanto, lo característico de la incriminación de éste comportamiento es que si bien se protegen bienes jurídicos tradicionales como la vida, la integridad, la libertad personal o la intimidad, la protección acaba trascendiendo a los individuos mismos y llega a repercutir sobre otros intereses como la especie humana, lo cual lleva a plantear la posibilidad de identificar como objeto de protección no sólo bienes de titularidad individual, sino también bien o bienes jurídicos de titularidad colectiva que justifiquen el adelantamiento de la intervención penal⁸⁷¹.

Esos bienes de titularidad colectiva se identifican en el patrimonio genético de la humanidad⁸⁷², es decir, en la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico de la especie humana⁸⁷³, e individualmente, en la identidad e irrepetibilidad genética como derecho a la individualidad y a ser distinto a los demás y, el derecho a no ser producto de patrones genéticos adulterados⁸⁷⁴.

b) Otros en cambio opinan que, en la medida en que la manipulación genética pueda afectar en el futuro a la vida y salud de las personas⁸⁷⁵, estas serían el bien jurídico protegido; sin embargo dado que las técnicas de manipulación genética se llevan en

⁸⁷⁰ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 767. En contra BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 444, para quien pensar en el posible futuro nacido, o en el futuro concebido, es tutelar realidades hipotéticas que deben quedar extramuros de un sistema jurídico penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

⁸⁷¹ En esa dirección, DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 60 y 61; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 818;.

⁸⁷² Para BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 444, se trata de la incriminación de conductas que lesionan o ponen en peligro las mismas bases de la evolución biológica de la especie humana, y por tanto, el bien jurídico es la integridad de la especie humana y el permitir el normal desarrollo evolutivo de la misma.

⁸⁷³ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código penal*, ob cit, pág. 453; ROMEO CASABONA: *Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética*, ob cit, pág. 173.

⁸⁷⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit pág. 60 y 61.

⁸⁷⁵ También así, LANDECHO VELASCO; MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 86, para quienes ello se infiere debido a la colocación sistemática del delito, (seguido de los delitos de lesiones al feto) por lo que indica que el bien jurídico es el mismo, ello es, la salud y la integridad del hombre, y "en algún modo, de la especie humana".

estadios alejados del comienzo de la vida humana, el bien jurídico habrá que ubicarlo en el genotipo mismo⁸⁷⁶. O bien en la identidad de los genes y, consecuentemente, de los caracteres del ser humano que pueda generarse a partir de los mismos⁸⁷⁷, o en la dignidad humana como derecho a recibir el caudal hereditario que corresponda, sin manipulaciones⁸⁷⁸, o en la integridad de la especie humana y su normal desarrollo⁸⁷⁹.

c) Una última opinión que parte de una postura individualista del bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 159, sostiene que en la medida en que las conductas de manipulación genética no justificadas alteran la evolución natural del proceso biológico en que consiste la vida humana, atentando contra la vida prenatal, el bien jurídico ha de fijarse precisamente en la protección de la vida prenatal⁸⁸⁰, e inmediatamente en la identidad o inalterabilidad del patrimonio genético⁸⁸¹.

Si se observa con detenimiento, salvo esta última, todas esas posturas tienen en común una nota característica. Cualquiera que sea el bien jurídico tutelado, no se busca una protección directa ni para el gameto, ni para el preembrión, embrión o feto, sino que se busca proteger o limitar las actuaciones sobre esos objetos materiales, pero para que esa protección sirva de barrera de contención a fin de prevenir el nacimiento de seres

⁸⁷⁶ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 126.

⁸⁷⁷ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 106, quien además señala que puede también considerarse como bien jurídico la protección de la natural reproducción humana, evitando que los elementos generadores de la misma sean indebidamente manipulados.

⁸⁷⁸ SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 125. En contra ROMEO CASABONA: *Genética y Derecho Penal*, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 173, quien afirma que la dignidad humana de las personas afectadas por estas manipulaciones puede resultar afectada, mas no por ello constituye un bien jurídico autónomo y directamente protegido. En cambio para SÁNCHEZ MOLERO; SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1688, en tanto que la manipulación puede pre determinar genéticamente a un individuo, lo que podría poner en peligro la determinación auto consciente y responsable de la propia vida, la dignidad humana si puede ser considerada, aunque indirectamente, como bien jurídico del artículo 159 del CPE.

⁸⁷⁹ MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I*, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 181.

⁸⁸⁰ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 822 y ss, quien incluso considera que el legislador español ha tomado la decisión de proteger la vida humana aún en fases donde no existe todavía la implantación en el útero de la mujer, protegiendo en consecuencia como interés último la vida humana prenatal.

⁸⁸¹ ALBERRUCHE DÍAZ FLORES: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 66.

humanos genéticamente manipulados⁸⁸² (individual) en cuanto portadores del futuro acervo genético de la humanidad. (colectivo)

Es decir, o se tutela el bien jurídico individual - inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano por nacer ó se tutela el mismo bien jurídico pero referido a la especie humana que se encuentra incardinado en el futuro ser humano.

En efecto, por ejemplo PERIS RIERA, que se afilia a una posición estrictamente colectiva del bien jurídico, y que también centra en la tutela de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano, critica duramente la determinación del legislador de no distinguir en el tipo entre manipulación en células somáticas y germinales, pues considera que la intervención en células de la línea somática representa un peligro bastante lejano para la intangibilidad del patrimonio genético humano no patológico, dado que esas intervenciones carecen de la capacidad para afectar el genotipo de una persona en toda su globalidad y porque además no tendrá repercusiones en su descendencia⁸⁸³.

En simples palabras, es partidario de una tutela estrictamente colectiva no referida a los seres humanos en particular sino sólo a la especie humana en abstracto⁸⁸⁴.

Por el otro lado, el profesor ROMEO CASABONA, partidario de la doble dimensión del bien jurídico, individual y colectivo, ve en la no diferenciación entre la actuación en células somáticas y germinales una actitud consecuente, precisamente, de la tutela necesaria y buscada del bien jurídico en la vertiente individual referida a la **integridad genética** del embrión, del feto y del ser humano nacido.

⁸⁸² ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 167.

⁸⁸³ PERIS RIERA (haciendo alusión al artículo 167 del Proyecto que dio origen al actual CPE) sostuvo - bajo su visión exclusivamente colectiva del bien jurídico - que si lo que el legislador deseaba era castigar la manipulación que comportase un cambio en la carga que se transmite por la herencia, lo ha hecho francamente mal al no distinguir entre células somáticas y germinales. Véase PERIS RIERA, JAIME MIGUEL: "Conductas de Manipulación genética que se estiman merecedoras de represión penal", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, pág. 267. También *La regulación de la Manipulación Genética en España*, ob cit, pág. 176 y 177.

⁸⁸⁴ PAULINA SILVA, critica esta posición estrictamente colectiva por considerar, con razón, que no consideran la capacidad de un número considerable de hipótesis que son subsumibles en este tipo - intervenciones sobre material humano destinado a la reproducción, sean preembriones in vivo o viables in vitro - y que son capaces de comprometer también al patrimonio genético no patológico desde una perspectiva individual que ella refiere en la persona que va a nacer a partir del material germinal humano alterado. Es decir, "tanto las intervenciones en la línea germinal como en la línea somática que resultan prohibidas tienen la capacidad de afectar bienes jurídicos de naturaleza individual, predicables en personas concretas". Cfr; SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 565.

SÁNCHEZ MOLERO y SOLER MATUTES, también entienden el bien jurídico como la integridad del patrimonio genético no patológico, sólo que si bien no se afilian a una perspectiva colectiva del artículo 159, a la que califican de excesivamente dualista o amplia - especie humana - se pronuncian por una tesis también individualista pero sin llegar a ser “excesivamente individualista”, en la que consideran que el tipo penal puede abarcar, como bien jurídico individual, algo más que al ser humano en formación, al no nacido, esto es, a su futura descendencia, rechazando por ende que el artículo 159 proteja la inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana⁸⁸⁵.

Nosotros por nuestra parte consideramos, como nos hemos ido pronunciando a lo largo de estas líneas, que constituye un acierto legislativo que las manipulaciones no patológicas sobre los gametos no merezcan alcanzar relevancia penal si estos no son utilizados con fines de reproducción humana.

En cambio, en el momento en que son ya utilizados para la práctica de una fecundación, la acción merece y tendrá una relevancia penal en los términos del artículo 159 en cuanto que la conducta proyectada sobre un objeto material (los gametos), carente de consideración jurídico penal en sí misma, trasciende ya sus efectos lesionando el bien jurídico protegido identificado en el derecho del ser humano concebido y por nacer a tener un contenido genético no modificado, y de ello, consecuentemente, el mismo derecho a la intangibilidad del patrimonio genético humano de la especie humana.

Con más razón, las manipulaciones genéticas no patológicas que se lleven a cabo sobre embriones no anidados, anidados, fetos, o seres humanos ya nacidos, alcanzan relevancia penal en cuanto lesionan el bien jurídico inalterabilidad del contenido genético no patológico en su doble vertiente - individual referido al preembrión, embrión, feto y ser

⁸⁸⁵ SÁNCHEZ MOLERO y SOLER MATUTES: “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, ob cit, pág. 1688 y ss. Estos autores fundamentan su afirmación con la que rechazan que el tipo tutele el mismo bien jurídico en una dimensión colectiva, partiendo de una interpretación del término genotipo, aduciendo en síntesis, que si el legislador empleo el término genotipo y no el de genoma humano - término empleado en el artículo 13 del Convenio del Consejo Europa sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, así como por el Proyecto de Declaración Universal de la UNESCO sobre la protección del Genoma Humano -, es porque precisamente, no quiso configurar una protección de la identidad genética de la especie humana a través de dicha figura típica.

humano ya nacido en si mismo⁸⁸⁶ así como a la futura persona (por nacer), o colectiva referida a la especie humana⁸⁸⁷.

No obstante, debemos detenernos a considerar cuál es el efecto y ámbito de aplicación del tipo respecto de las manipulaciones realizadas sobre células somáticas, pues lo que aquí se plantea es si en realidad su modificación puede comprometer el bien jurídico tutelado o quizá, uno diferente.

Ya antes destacamos lo señalado por PERIS RIERA en el sentido de que la no distinción entre manipulación de células de la línea somática o de la línea germinal por parte del legislador supone un error por cuanto que la intervención en células de la línea somática representa un peligro bastante lejano para la intangibilidad del patrimonio genético humano no patológico en virtud de que esas intervenciones no son capaces de afectar el genotipo de una persona en toda su globalidad y porque además no tendrá repercusiones en su descendencia. Por lo tanto, bajo esa tesis estrictamente colectiva del bien jurídico tutelado por el tipo del artículo 159, las intervenciones en la línea somática que se practiquen sobre el nacido o el nascituri (embrión diferenciado o feto) no quedan abarcadas al no comprometer el bien jurídico.

Por otra parte, PAULINA SILVA es también de la opinión de que las intervenciones sobre células de la línea somática no comprometen el patrimonio genético no patológico en su vertiente individual (ni menos aún colectivo) al no ser capaces de afectar el conjunto formado por el genotipo de cada una de las células de una persona, sino un número indeterminado de ellas, por lo que en realidad esas intervenciones comprometen la integridad de la persona o nascituri sobre el cual se actúe.

Así, para ella la falta de distinción entre ambas clases de células o intervenciones del artículo 159 le permiten extraer como conclusión que el bien jurídico tutelado no es sólo el patrimonio genético no patológico en su dimensión colectiva, sino también la integridad del nasciturus y de la persona. Es decir, las intervenciones en la línea somática

⁸⁸⁶ En contra ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 167, para quien la necesidad de protección del embrión preimplantatorio es fundamental pero como medio de protección de la integridad e identidad genética de seres humanos futuros y de la especie humana; HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 55.

⁸⁸⁷ Lo que significa que si en un caso hipotético la conducta manipuladora no terapéutica del genotipo del embrión o feto produce una mutación o alteración que, por cualquier causa se revierte antes o en el nacimiento, volviendo a su estado genotípico original, de cualquier manera habremos de estimar lesionado el bien jurídico individual tutelado. Adverso a ello se pronuncia GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 825, para quien no existirá relevancia penal cuando la alteración artificial del genotipo humano no sea idónea para proseguir la evolución hasta el nacimiento de un ser humano.

carecen de la capacidad para afectar el bien jurídico patrimonio genético no patológico, ello es, el conjunto formado por el genotipo de cada una de las células del nasciturus o de la persona, así como tampoco afectan al material genético que estos sujetos puedan transmitir a su eventual descendencia⁸⁸⁸.

Consecuentemente, si las intervenciones en la línea somática no afectan ni la dimensión individual ni colectiva del bien jurídico patrimonio genético no patológico, pero son subsumibles en el artículo 159 del CP, es, dice la autora citada, porque este artículo ha tipificado expresamente una modalidad de lesión de la integridad de la persona y del nasciturus⁸⁸⁹.

Ahora bien, nosotros pretendemos abarcar esas cuestiones a partir del análisis de lo que constituye el objeto material de éste delito. Si el **objeto material** reside en donde la conducta típica del delito es posible que recaiga, ello es, de acuerdo con la descripción típica, donde se altere el contenido genético del ser humano, son los gametos humanos, las células embrionales humanas no diferenciadas - embrión preimplantatorio -, las células del embrión postimplantatorio, del feto y de la persona⁸⁹⁰, el objeto material sobre los cuales se puede seleccionar o adulterar el contenido genético de los seres humanos⁸⁹¹.

Obviamente, esta afirmación requiere despejarse, pues si el tipo penal dispone que la manipulación de genes tiene que ser de tal forma que se altere el genotipo,

⁸⁸⁸ SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 573 y ss. Por lo tanto, entiende que cuando la intervención se realice en perjuicio de la integridad de la persona o del nasciturus, la manipulación genética debe considerarse como un medio comisivo expresamente recogido de un delito de lesiones a la persona o al feto.

⁸⁸⁹ En dirección similar, aunque sin ir tan lejos (considerar que el tipo protege la integridad de la persona o del nasciturus) BENÍTEZ ORTUZAR considera que la manipulación genética en el ya nacido (sobre células de la línea somática) sin finalidad terapéutica no queda comprendido dentro del delito del artículo 159 del CPE, sino que debe reconducirse al delito de lesiones corporales. CFR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 449.

⁸⁹⁰ En sentido similar HIGUERA GUIMERÁ: "Los problemas jurídico penales de la terapia genética en la vía somática y en la vía germinal", ob cit, pág. 283 y ss, considera objeto material del delito a los espermatozoides, el óvulo, el preembrión, y también al feto o persona, aunque después se contradice cuando afirma y se pronuncia por concluir que el tipo penal sólo quiere sancionar la manipulación en células de la línea germinal. Cfr. *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 240 y 241.

⁸⁹¹ De opinión contraria, SÁNCHEZ MOLERO Y SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1689, para quienes el objeto material del delito son los genes humanos pues son estos los directamente manipulados; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 663, para quien los gametos, el embrión, el feto y la persona serán los sujetos pasivos, considerando como objeto material de este delito al genotipo o los genes que se manipulen. GONZÁLEZ CUSSAC también considera al genotipo como objeto material del delito.

imprescindible resulta recordar qué es lo que debemos entender por genotipo, y en dónde es que éste se contiene.

Recordemos que el núcleo de cada célula en el cuerpo humano contiene 23 pares de cromosomas; que cada cromosoma contiene de 3000 a 4000 genes; que los genes son fragmentos de un cromosoma, y que el material genético básico de todos los cromosomas es el ácido desoxirribonucleico, el cual incluye en su nivel molecular toda la información necesaria para conformar completamente un organismo, consistiendo en dos hebras interconectadas compuestas por una larga secuencia de nucleoides que están hechos de una azúcar pentosa y de un fosfato que son siempre constantes, a diferencia de la secuencia de sus pares que varía, siendo esta secuencia o información fundamental contenida en el ADN la que provee el llamado código genético que en su conjunto constituye el genoma humano.

Luego entonces, si **el genoma** es el conjunto de genes contenidos en el ADN de los cromosomas celulares⁸⁹² que **se encuentra presente en todas y cada una de las células humanas - germinales o somáticas**, estas serían, el objeto material de la conducta típica.

Entendido así, podemos no estar de acuerdo cuando se afirma, o bien que la manipulación sobre células de la línea somática sin finalidad terapéutica no queda comprendida dentro del delito del artículo 159 del CPE sino que debe reconducirse al delito de lesiones corporales, o que dichas manipulaciones si quedan comprendidas por tanto que el artículo 159 tutela como bien jurídico individual la integridad del nascituro o del nacido pues, por un lado, se olvida que la manipulación genética de células de la línea somática realizadas sin finalidad terapéutica no implica necesariamente una disminución al estado de salud o a la integridad física del nascituro o de la persona, y que ello no debe constituir obstáculo para que el evidente desvalor de la acción de manipulación no terapéutica in consentida sin resultado de afectación al estado de salud del nascituro o persona deba ser apreciado por el Derecho penal.

Y por el otro lado, pues sí a través de una manipulación sobre una célula somática, sin justificación patológica, es posible alterar la singularidad genética del ser humano - de ese ser humano -, podemos estimar que la no distinción del artículo 159 entre manipulación en células de la línea germinal o somática obedece a que el bien jurídico busca proteger también, en su vertiente individual, la singularidad del genotipo del "individuo".

⁸⁹² PERIS RIERA: *La regulación de la Manipulación Genética en España*, ob cit, pág. 174; DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 63.

En síntesis, dado que no toda conducta manipuladora productora de una alteración al patrimonio genético no patológico comportará una disminución o alteración de la integridad física y de la salud del ser sobre la cual ésta recaiga, es evidente que la tutela a la integridad (salud) del delito de lesiones al feto⁸⁹³ o a la persona es independiente, lo que indica claramente que el bien jurídico tutelado no puede identificarse en la integridad del embrión, feto o persona.

Por la misma razón, no es posible coincidir en que este tipo penal tutela como bien jurídico la vida prenatal, ya que la alteración genética inherente a toda conducta manipuladora sobre un preembrión, embrión o feto, si bien podría modificar el proceso biológico de desarrollo de la vida humana, puede claramente no significar un atentado al derecho a la vida o el fin de la vida prenatal, ya tutelado por el delito de aborto⁸⁹⁴.

Así entonces, puede concluirse que el bien jurídico tutelado directamente por este delito es, desde una perspectiva individual, la inalterabilidad del patrimonio (o contenido) genético del embrión humano no anidado, del embrión anidado, del feto, cuando la conducta típica se realice sobre él, de la persona⁸⁹⁵, así como de la futura persona, concretada o entendida como el derecho a no ser producto de patrones genéticos adulterados o seleccionados, y desde la perspectiva colectiva, la inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana en general.

De esta forma, considerando que el bien jurídico tutelado tiene además de la perspectiva colectiva - la inalterabilidad del patrimonio genético no patológico de la especie humana -, una perspectiva individual - la inalterabilidad del contenido genético no patológico del ser humano en si mismo considerado, - embrión preimplantatorio, postimplantatorio, feto y de la persona -, el objeto material del delito será, insisto, las células de la línea germinal (gametos), las células que aún son totipotentes - no diferenciadas -, las células del embrión postimplantatorio y del feto, así como las células somáticas⁸⁹⁶ de la persona⁸⁹⁷.

⁸⁹³ De ahí la importancia de contemplar también para estos efectos en el tipo de lesiones al feto, al embrión humano.

⁸⁹⁴ En sentido similar, VALLE MUÑOZ se manifiesta en contra de identificar el bien jurídico protegido con la vida humana antenatal, ya que esto supondría un retroceso en la labor de delimitación de las esferas de protección del aborto, lesiones al feto y manipulaciones genéticas. También así, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 660.

⁸⁹⁵ Asumen la misma posición SÁNCHEZ MOLERO Y SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1688.

⁸⁹⁶ En contra BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 449, quien a partir de una visión estrictamente colectiva del bien jurídico - inalterabilidad del patrimonio genético no patológico - sólo considera serán objeto material

2.b.1.2) Sujeto activo. Repercusión sistemática en la autoría y la participación.

Según se observa de la formulación del artículo 159 del CPE, el tipo permite, formalmente, que el sujeto activo pueda serlo cualquiera, por lo que habría de calificarlo como un tipo común. No obstante, el necesario conocimiento de la ciencia y técnicas genéticas hacen pensar que en realidad la participación típica en este delito se circunscribe a individuos muy determinados, ello es, a los profesionales de la genética.

En otras palabras, a pesar de que formalmente el tipo permite la intervención de cualquiera, en realidad, dada su naturaleza, obliga que quien cometa el delito tenga la cualificación técnica suficiente para poder llevar a cabo la conducta, por lo que será materialmente imposible que quien no sea experto en genética realice la conducta típica.

Ello ha llevado a algún autor a afirmar que, aunque no se desprenda explícitamente de la formulación típica, no existe duda de que nos encontramos ante un delito formalmente *especial*, pues si además del hecho de que sólo las personas que posean una determinada formación científica suficiente para poder manipular los genes humanos podrán ser autores de este delito, se considera que el tipo prevé como sanción la pena de inhabilitación especial, y que el castigo de la comisión típica imprudente se refiere a la imprudencia grave identificada con la negligencia profesional, pocas dudas pueden quedar de que el sujeto activo sólo será la persona con formación suficiente tanto para manipular genes⁸⁹⁸ cuanto para posteriormente insertarlos en un organismo humano, alterando así su genotipo.

Indudablemente que desde una perspectiva material es posible coincidir con el autor; no obstante, desde una perspectiva formal, al no hacer la descripción del tipo

del delito las células de la línea germinal del ser humano, esto es, los gametos, los preembriones o las células aún no diferenciadas de los embriones o fetos humanos en su caso.

⁸⁹⁷ En sentido similar, para ROMEO CASABONA el objeto material de la acción será el cuerpo de una persona, el embrión implantado y el feto viables si se encuentran en el cuerpo de una mujer, así como los gametos y el embrión in vitro viable. Cfr: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 174.

⁸⁹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 826 y 827. También así lo sugieren SÁNCHEZ MOLERO Y SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1690, quienes afirman que en el sentido de autor material del hecho punible sólo puede serlo un profesional especialista, lo que no excluye la posibilidad de considerar autores a los no especialistas que actúen como cooperadores necesarios o inductores.

ninguna referencia, cuando menos genérica, de algún especialista o profesional, ésta afirmación no se puede compartir⁸⁹⁹.

Ahora bien, si en realidad materialmente ésta conducta no puede ser realizada sino por quien posea una determinada y muy específica preparación profesional, surge la interrogante del porqué, a pesar de ello, el legislador prefirió configurar éste y todos los demás delitos del presente capítulo, como delitos formalmente comunes.

La respuesta se encuentra referida por quienes consideran que la formulación del delito como tipo común facilita la incriminación de la participación de acuerdo a las normas generales de los delitos comunes, a diferencia de lo que ocurriría si el tipo fuera especial y tuviéramos que regirnos conforme a las reglas de la accesoriedad limitada de la participación⁹⁰⁰. Criterio éste al que me adhiero pues recordemos que en los sistemas de participación del autor, como es el caso del español, el extratenus sólo podrá, al no confluir en él el requisito típico correspondiente, ser cómplice o cooperador, estando por ello su punibilidad condicionada a la conducta típica y antijurídica del autor, es decir, accesoria⁹⁰¹, lo que significa que sólo es posible sancionar al interviniente que no reúne la cualidad específica a través del principio de accesoriedad, y que aquel sujeto en que no se reúnan estas cualidades especiales que el tipo requiere jamás será autor y estará necesariamente relegado a ese papel de partícipe⁹⁰².

Es decir, mientras que en el delito especial la accesoriedad es limitada y sólo puede ser penalmente responsable cualquier partícipe en la medida en la que el autor material también lo sea, en la configuración del delito común ni la autoría ni la participación plantean ningún problema, lo que sin duda alguna constituye una buena razón para explicar o justificar que el legislador haya optado por configurar los delitos de éste capítulo, que materialmente sólo pueden ser cometidos por sujetos cualificados, como formalmente comunes.

2.b.1.3) Sujeto pasivo.

⁸⁹⁹ Del mismo parecer; MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 182; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 662.

⁹⁰⁰ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 447; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 663.

⁹⁰¹ PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Editorial tecnos, Madrid, 1990.

⁹⁰² Véase; RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE: "El fundamento material de la pena en la participación", CPC 11, 1980.

La determinación del sujeto pasivo en este delito, obviamente se encuentra estrechamente vinculada con la precisión de lo que consideramos constituye el bien jurídico.

Para algunos autores el sujeto pasivo de este delito lo es la humanidad⁹⁰³, el preembrión⁹⁰⁴, el producto de la concepción⁹⁰⁵, o la comunidad social⁹⁰⁶. Para nosotros lo será, reiteramos, el embrión no anidado, el embrión anidado, el feto y la persona⁹⁰⁷, todos ellos portadores del bien jurídico identificado en la inalterabilidad no patológica de su contenido genético⁹⁰⁸.

Ahora bien, para aquellos que consideran, bajo una perspectiva individual, que el bien jurídico es la intangibilidad del patrimonio genético de la futura persona, o desde una

⁹⁰³ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 106. Para QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 49, sujeto pasivo del delito es además del género humano, la sociedad y la persona que lo padezca por lo que considera al tipo como un delito pluriofensivo

⁹⁰⁴ ALBERRUCHE DÍAZ FLORES: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 67.

⁹⁰⁵ SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 132, el cual también identifica como sujeto pasivo con un carácter general a la propia especie humana.

⁹⁰⁶ MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 182, quien identifica en ello al sujeto pasivo de todos los delitos del Título salvo en el tipo del artículo 162, y; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 448, el cual ubica al bien jurídico en la integridad de la especie humana.

⁹⁰⁷ SÁNCHEZ MOLERO Y SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1690, además identifican a la descendencia del sujeto cuyo genotipo queda alterado, como sujeto pasivo del delito no actual sino potencial, postura esta última que debe rechazarse, pues ello significaría tanto como sostener que, respecto de la acción proyectada sobre el preembrión, el delito quedará en ese momento inmediatamente consumado, mientras que respecto de la descendencia, el delito se consumará muchos años después, hasta y sólo con el nacimiento de la persona que llega a nacer del preembrión alterado, todo lo cual supone, como destaca SILVA SALCEDO, por un lado, un desconocimiento a los términos de prohibición del artículo 159 de donde no se exige ni el nacimiento y ni siquiera la implantación del preembrión cuyo genotipo haya sido manipulado, y por el otro, una enorme inseguridad jurídica en la medida en que la punibilidad quedará supeditada, entre otras, a la decisión del preembrión manipulado a tener hijos. Cfr; *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 563.

⁹⁰⁸ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 87, afirman, en mi opinión sin razón, que no cabe en éste caso señalar o identificar un sujeto pasivo a menos que se quiera considerar tal el sujeto del que se obtuvieron los genes. Obviamente, no comparto la afirmación de los autores pues, por un lado, es evidente que no han comprendido que el tipo penal no sanciona la manipulación de los genes en sí mismos sino sólo cuando dicha conducta incide sobre un ser humano y, en segundo lugar, pues no puede sostenerse la posibilidad de un Derecho penal que prohíba una conducta y tutele un bien jurídico sin la presencia del sujeto protegido precisamente por éste instrumento.

perspectiva colectiva, de la especie humana, rechazando por ende que el preembrión, o embrión o feto en sí mismos sean portadores de dicho bien jurídico, será necesario que la conducta de manipulación genética no terapéutica se proyecte sobre un preembrión, embrión o feto **viable** para que pueda así ser considerada típica.

Es decir, esas intervenciones genéticas sobre preembriones, embriones o fetos **vivos pero no viables** con fines no terapéuticos, cuya permisibilidad se extrae de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 35/1988 o 6º, 7º y 8º de la Ley 42/1988, así como de las sentencias antes comentadas, no pertenecerían al ámbito de la tipicidad del artículo 159 porque carecen de la capacidad de comprometer el bien jurídico patrimonio genético de la futura persona en la medida en que embriones así no pueden destinarse a la reproducción y por lo mismo, tampoco comprometen su dimensión colectiva.

Y si bien esa afirmación es consecuente con tal planteamiento, hay que agregar que desde nuestra perspectiva del bien jurídico y del sujeto pasivo, la intervención genética no terapéutica proyectada sobre un preembrión, embrión o feto vivo pero no viable, será también una conducta atípica siempre y cuando se considere al ser humano en formación no viable como sinónimo de muerto por tanto que no se puede lesionar el bien jurídico en un ser sin vida. En cambio, si la no viabilidad no se entiende o interpreta como un concepto normativo de muerte, habría que afirmar que la acción realizada sobre el ser humano en formación no viable será típicamente relevante aunque sin trascendencia en el ámbito de la antijuridicidad donde habremos de apreciar una eximente de responsabilidad legal derivada, insisto, de las disposiciones administrativas que así lo permiten.

2.b.1.4) Conducta típica.

En realidad, sí se ha comprendido bien el alcance y las formas posibles en que el desarrollo de la ingeniería genética incidirá sobre los seres humanos y sus intereses, se habrá también comprendido lo que precisamente el Derecho ha pretendido proteger desde el momento en que ha decidido intervenir en la regulación y limitación del desarrollo de la investigación genética, particularmente, en el área de las técnicas recombinantes del ADN.

El derecho busca prohibir que a través de las técnicas recombinantes del ADN, "manipulación genética" se establezcan o determinen las características genotípicas y fenotípicas de un ser humano, distinguiendo, en su tratamiento jurídico penal, entre la conducta que persiga la intervención genética terapéutica - terapia genética - y la conducta de manipulación genética no terapéutica o eugenésica⁹⁰⁹.

⁹⁰⁹ HIGUERA GUIMERA: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 190, también entiende esto así, puesto que si la eugenesia, afirma, tiene como finalidad eliminar ciertos genes y aumentar la presencia de otros en el patrimonio genético, la terapia génica sería uno de los métodos mas aptos y eficaces para llevar a cabo este cometido.

Sólo recordando ésta premisa puede realizarse una lectura y análisis de lo que constituye la conducta típica del artículo 159 del CPE.

La redacción de este artículo señala que el comportamiento típico ha de consistir en **manipular** genes humanos de manera que se **altere** el genotipo.

En principio, estimo que los términos empleados por el legislador requieren precisarse, pues es indudable que la redacción utilizada resulta confusa y da lugar a que se trastoque y no se delimiten correctamente los distintos ámbitos del injusto, ello derivado, principalmente, de las varias acepciones en que el término “manipular” puede ser entendido, y lo que por genotipo se infiera.

Para ello, no debemos más que recordar que en su momento optamos por entender la manipulación genética como la modificación de las características naturales de la herencia genética y la creación de nuevos genotipos, a través de la utilización de técnicas capaces de aislar y recodificar el mensaje contenido en el gen, transfiriendo un segmento dado de ADN que contiene específica información genética, al mismo u a otro organismo.

Y ya ello representa un problema evidente, pues si por manipular entendimos modificar, el tipo penal puede leerse así; “al que con finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves **modifique** genes de manera que se **modifique** el genotipo”, lo que ciertamente es una advertencia de que habrá que tener cuidado para no confundir y con ello tergiversar el objeto y la razón de ser del tipo penal, pues no resultaría difícil entremezclar idénticos conceptos - modificar como conducta y modificar como resultado.

¿Porqué? Sencillamente porque siempre que se manipulan genes humanos en seres humanos, se modifica el genotipo.

Debe quedar claro entonces que el contenido genético humano - el genotipo - se puede modificar manipulando - recombinando - los genes humanos, transfiriendo a ellos segmentos de ADN de genes, inclusive no humanos, modificados o no modificados, cuando ellos se encuentren dentro del ser humano⁹¹⁰.

Ello implica que requiere concretarse con certeza una lectura del tipo penal que permita ubicar el ámbito de prohibición de lo punible, determinando: a) si lo que se prohíbe es la conducta - manipular - entendida como la variación de la estructura original del gen, consistiendo en ello la alteración del genotipo o; b) si lo que el tipo penal prohíbe es la manipulación de genes humanos en seres humanos, lo que siempre variará su estructura

⁹¹⁰ Ya sea que ahí mismo se hayan modificado o que posteriormente se inserten en el.

original, no para evitar la alteración del contenido genético humano, sino para evitar que se impongan determinadas y específicas características genotípicas y fenotípicas en un ser humano.

Así, sí se considera que por manipular debe entenderse la alteración del gen, y sí se estima que el objeto de protección de la norma es la información original contenida en cada célula, entonces no habrá más remedio que considerar típica prácticamente cualquier conducta en la que se manipulen genes humanos.

Sí por manipular se entiende la modificación de genes humanos - material genético -, por genotipo, el contenido genético que existe, no en cada gen en lo general, sino en cada ser humano en lo particular, y por resultado la alteración de ese genotipo, la conducta típica estará referida a aquellas actuaciones de ingeniería genética que empleen genes de cualquier especie para modificar las características naturales de la herencia genética de un ser humano.

Es decir, si entendemos por manipular, la modificación de la estructura original de los genes humanos, y recordamos que toda intervención genética sobre un ser humano comporta necesariamente una modificación a su caudal genético, la conducta típica estará referida en estricto sentido, no a la alteración del contenido genético de un ser humano determinado (que siempre ocurrirá), sino a aquellas acciones que busquen alterar o variar la estructura original de los genes humanos para con ello establecer determinadas características genotípicas, lo que, insisto, implícitamente conlleva a la modificación de un patrimonio genético específico.

Es por ello que una interpretación que entienda por manipular alterar, por genotipo la composición genética original de la célula (gen) y no del organismo, y por resultado la alteración de éste (genotipo), nos llevaría hacia un ámbito de prohibición desmesurado y por ello censurable⁹¹¹, pues la simple *manipulación* en un gen, que modifique su estructura, será en sí misma una conducta típica (dado que altera el genotipo que se encuentra en toda célula) aunque ello no implique una alteración al contenido genético del ser humano, orillándonos al absurdo de considerar, reitero, que la acción típica no estará referida al establecimiento de ciertas características genotípicas, ni a la producción de una alteración al patrimonio genético del ser humano, sino de las células humanas en sí mismas consideradas.

Por lo tanto, siguiendo en la misma idea, considerar que la conducta del artículo 159 contempla la manipulación génica - de genes humanos -, más no genética - del

⁹¹¹ En sentido similar, ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 173.

contenido genético de un organismo humano - es una interpretación que, obviamente, debe rechazarse⁹¹².

Las razones del rechazo son evidentes pues, además de lo ya dicho, sí lo que el bien jurídico pretende tutelar es la inalterabilidad del patrimonio genético no patológico del ser o de la especie humana, la manipulación genética de una célula fuera del cuerpo humano con la que se altere su composición original, no incidirá sobre la particularidad del conjunto que conforma la singularidad genética del organismo del ser humano en lo individual⁹¹³, e inclusive, en el caso de su descendencia, la singularidad genética de la especie humana en lo colectivo.

Es decir, modificar el contenido o secuencia original de un gen - una célula - significa alterar el contenido genético de ella, y nada más; sin embargo, si esta misma célula modificada es utilizada en un ser humano, la alteración anterior trasciende⁹¹⁴ para convertirse en un factor modificador - seleccionador del "genotipo humano"⁹¹⁵.

Si así lo entendemos, el empleo de una célula de un embrión implantado, feto o inclusive de una persona, fuera de ella, para realizar una experimentación, aún y cuando conlleve una alteración a la composición genética original de la misma, si no se utiliza posteriormente para la fecundación o reproducción, o no se inserta en el ser humano,

⁹¹² En esa línea, MARIS MARTÍNEZ: "La genética en el ámbito de la ley española", ob cit, pág. 162, la cual señala que los defectos de redacción del tipo llevan a considerar que cualquier mutación genética en una célula del cuerpo humano, sea somática o reproductiva, o incluso que este separada del cuerpo, sería típica.

⁹¹³ Opina igual BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 441.

⁹¹⁴ Precisamente por ello, LACADENA CALERO: "Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal: un comentario genético", ob cit pág. 210, entiende que lo que la norma legal declara punible es la ingeniería genética perfectiva, es decir, la aplicación de las técnicas de terapia genética para corregir la información genética de una persona sana con objeto de producir una estimulación de su fenotipo normal o con connotaciones eugenésicas.

⁹¹⁵ Lo que significa para DE LA CUESTA ARZAMENDI que sería conveniente interpretar de manera restrictiva el término genotipo, entendiéndolo por ello los caracteres genéticos hereditarios por futuros seres humanos nacidos o en formación. "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 63. En la misma dirección, SUÁREZ GONZÁLEZ propone realizar una interpretación teleológica del precepto que conduzca a dotar al tipo de un alcance restrictivo, entendiéndolo que sólo las alteraciones que lesionen el bien jurídico serán merecedoras de pena. Cfr; SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 453.

quedará fuera del alcance del tipo delictivo⁹¹⁶ y, por lo tanto debe afirmarse, en ello no residirá el objeto material de la conducta delictiva⁹¹⁷.

Debido a ello, estimo correcto entender de lege lata, ante la deficiente redacción del tipo, que la finalidad perseguida (y no muy bien lograda) por la figura penal es la sanción de una conducta que modifique la estructura y características de la herencia genética de un ser humano⁹¹⁸ y de ahí, en algunos casos, de la especie humana, actuando sobre los genes, (gametos, preembriones totipotentes, células no diferenciadas o células somáticas) ya sea rectificándolos, sustituyéndolos, suprimiéndolos o adicionándolos, empleando incluso material genético de cualquier especie, ya sea con fines experimentales o para establecer determinadas características genotípicas o fenotípicas - alterando su configuración genética original⁹¹⁹ -, y no así la simple modificación o alteración de la secuencia original del gen en sí mismo⁹²⁰.

Por consecuencia, esto significa que los supuestos de hibridación son conductas que en principio pueden quedar abarcados por éste tipo penal ante el indubitable hecho de que dichas conductas conllevan a la conformación de un genotipo extraordinario y diferente, compuesto, a partir de la fusión de los gametos, ya no sólo de genes humanos⁹²¹.

Empero, a pesar de esa posibilidad material de encuadrar esta hipótesis a los extremos típicos de esta figura delictiva, la permanencia y no supresión por la LO 10/1995 que aprobó el nuevo CPE de los incisos q) y r) del artículo 20.2.B) de la Ley 35/1988, y que

⁹¹⁶ Basta recordar para coincidir con lo anterior que la Ley permite la experimentación - que puede implicar manipulación genética - sobre gametos (línea germinal), siempre que no se utilicen para la reproducción.

⁹¹⁷ En contra PERIS RIERA: *La regulación de la Manipulación Genética en España*, ob cit, pág. 175, para quien, si bien esto sería lo correcto, dada la redacción del tipo, de lege lata, la manipulación de una simple célula epitelial será "per se" un comportamiento delictivo.

⁹¹⁸ En sentido similar, JUNCO MANS: Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia), ob cit, pág. 1002, para quien la manipulación podrá consistir en cualesquiera actuaciones que altere el normal desarrollo de los seres humanos.

⁹¹⁹ VALLE MUÑIZ, realizando una interpretación literal del tipo, señala que el artículo 159 sólo prohíbe las conductas de manipulación sobre el ADN que se incorporen al desarrollo embrionario de manera que alteren o modifiquen artificialmente el patrimonio genético humano y/o la herencia genética. Cfr; *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 769.

⁹²⁰ Del mismo parecer QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 49, el cual sostiene no se trata tanto de la alteración de uno o varios genes, sino de la alteración al genotipo como tal.

⁹²¹ Comparten la misma opinión; LÓPEZ GARRIDO, DIEGO; GARCÍA ARAN, MERCEDES: *El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 99 y 100. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 128.

se refieren específicamente a éste supuesto, son indicadores que testimonian lo desatinado del criterio y selección realizada en la criminalización de estas conductas, y que reflejan la intención del codificador de mantener los supuestos de hibridación fueran del campo del Derecho penal⁹²².

2.b.1.4.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.

Prácticamente, como ya adelantamos, la totalidad de la doctrina ha señalado que el tipo exige que la manipulación de genes humanos vaya seguida de la causación de un resultado, considerando que el resultado típico está definido por la ley como una alteración del genotipo - que se encuentra en toda célula -, debiendo entender por genotipo para efectos del delito, el contenido o patrimonio genético del ser humano, y por resultado la modificación de éste⁹²³, lo que les lleva a concluir que nos encontramos ante un delito de resultado material⁹²⁴ que requiere precisamente de una conducta idónea que debe traducirse en la producción del resultado previsto, esto es, de un efectivo menoscabo y daño al bien jurídico tutelado, no bastando para ello la simple modificación genética de células, sino la efectiva configuración artificial de un patrimonio genético determinado.

Por ello, e independientemente de que no consideremos que la alteración deba interpretarse como el resultado material de la conducta, no se puede compartir la afirmación de MUÑOZ CONDE cuando ha señalado que “sin ninguna excepción **se prohíbe** también en la Ley de 1988 la recombinación de genes, como **mezclar genes** (se equivoca pues la ley dice semen no genes) de distintos donantes **para inseminar a una mujer o utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar fecundación in vitro**. En la medida en que **estas manipulaciones producen una alteración de la identidad del genotipo**, modificando parcialmente la información hereditaria, **deben incluirse en el artículo 159** pues no hay ninguna razón terapéutica que las justifique”; afirmación ésta que debe rechazarse terminantemente, ya que debe tenerse en cuenta que nada tiene que ver con la manipulación de un segmento de ADN en las células humanas, conducta a la que se refiere el tipo del artículo 159, el mezclar o revolver, con la finalidad de confundir, semen de distintos varones u óvulos de distintas hembras, ya que a través de ello no se puede recodificar el mensaje

⁹²² Y ello es así, pues de lo contrario habría que afirmar la absoluta inaplicabilidad de las sanciones administrativas que, reitero, de manera específica se refieren a estos supuestos.

⁹²³ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 106; VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 769; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 664; JUNCO MANS: *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, ob cit pág. 1002.

⁹²⁴ Así lo considera, entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 453; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 666.

contenido en el gen ni recombinar o alterar una información contenida en un patrimonio genético⁹²⁵.

Por otro lado, de entender o considerar que el resultado típico se producirá por el hecho de modificar la estructura original del gen, aunque ello no implique aún una alteración al patrimonio genético de un ser humano - lesión al bien jurídico -, entonces tendríamos que considerar que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto.

GONZÁLEZ CUSSAC, siendo consecuente con su posición en el sentido de que el bien jurídico tutelado en este delito es la vida prenatal, sostiene que el delito tiene una configuración en sentido estricto de **resultado** así como de **lesión**, pues considera que la tipicidad de la conducta estará condicionada, no sólo por la alteración del genotipo (bien jurídico mediato) sino a la agresión contra la vida antenatal (bien jurídico inmediato), de suerte que si esa manipulación no es idónea o susceptible de viabilidad, no existiendo peligro alguno para la vida prenatal, no existirá relevancia penal⁹²⁶.

Obviamente, si bien en principio coincide en que no cualquier conducta debe ser considerada una conducta penalmente relevante para los efectos del tipo, sino tan sólo aquellas que busquen establecer determinadas características genotípicas en el ser humano y que conlleva que se altere la conformación de su patrimonio genético, no estoy de acuerdo en que el tipo exija, pues partimos de concepciones distintas sobre el bien jurídico, que la conducta atente contra la vida prenatal⁹²⁷, ya que como nos hemos pronunciado anteriormente, la manipulación del contenido genético en un ser humano - imaginemos una práctica eugenésica que evidentemente busca fijar una serie de características genotípicas que comportará una modificación a su configuración genética original - no supone necesariamente un ataque a su integridad física o posibilidad de viabilidad⁹²⁸.

Por su parte, ROMEO CASABONA estima que el delito tiene alternativamente una estructura de delito de **resultado** y una estructura de **peligro abstracto**⁹²⁹.

⁹²⁵ E igual comentario y crítica merece todo aquel pronunciamiento que considera que la selección de sexo deba incluirse como una conducta abarcada por el concepto de manipulación genética, y por ende dentro del tipo penal del artículo 159, pues evidentemente que no debe olvidarse, bajo elementales conceptos biológicos, que en esos casos no existe una manipulación de genes - genética - sino cuando mucho una selección de contenido genético.

⁹²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 825.

⁹²⁷ Lo que significa para GONZÁLEZ CUSSAC, que se le otorga un perfil muy amplio y por ello inconstitucional.

⁹²⁸ De idéntico parecer, VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 770.

⁹²⁹ También así; MARIS MARTÍNEZ: "La genética en el ámbito de la ley española", ob cit, pág. 173.

En efecto, dada la coexistencia de una doble perspectiva del bien jurídico protegido, individual - referida a la integridad genética del embrión preimplantatorio, el embrión, el feto y la persona - y colectiva, - referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano - ello permite identificarlo como un delito de resultado que consiste en la alteración del genotipo del ser humano en si mismo considerado, así como de peligro abstracto, esto es, ante la posibilidad que en el futuro se produzca un peligro concreto para la intangibilidad del patrimonio genético de la humanidad.

Volvemos a reiterar; precisamente el hecho de que la redacción típica del delito no distinga entre manipulación de genes en células somáticas y manipulación de genes en células de la línea germinal o sexual, tiene una efectiva consecuencia pues constituye un claro indicio de la doble dimensión del bien jurídico sostenida por el profesor CASABONA, pues de haber realizado el tipo penal tal distinción hubiese dado lugar a considerar que sólo se sancionaría la conducta lesiva que constituyera un ataque a la inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana radicado en la futura persona, (manipulación sobre células germinales o totipotenciales) dejando al margen del tipo aquellas conductas que, realizadas sobre un ser humano, no lesivas de su integridad física, hubiesen atentado contra su derecho a no ser producto de un patrón genético adulterado, alterando su patrimonio y su singularidad genética⁹³⁰.

Así, la no distinción entre células somáticas y células germinales o sexuales, o mejor dicho, entre células diferenciadas y no diferenciadas, siendo estas últimas sobre las que se puede actuar para afectar el bien jurídico en su dimensión colectiva, constituye un indicativo de que el tipo penal busca proteger la originalidad genética radcada en la inalterabilidad del contenido genético de ser humano en lo individual, y de ahí a la especie humana en lo general, ya sea si éste se altera por medio de la intervención en sus células germinales o no diferenciadas, o a través de sus células somáticas o diferenciadas⁹³¹.

Empero, aún y cuando esta doble dimensión del bien jurídico se acepte, y en el supuesto de que se admitiera la alteración al genotipo como el resultado lesivo requerido por el tipo, ello no obstaría para dejar de considerar que bajo la dimensión colectiva nos encontramos también ante un delito de lesión, entendido como la alteración del contenido

⁹³⁰ Igualmente, para GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 664 - 665, la no distinción es un acierto pues también la alteración de células somáticas (más bien de un ser humano a través de la intervención en células somáticas) es una conducta típica (en cuanto lesiona al bien jurídico).

⁹³¹ HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 240 y 241, se opone a ello pues considera que el tipo quiere castigar sólo la manipulación de genes humanos en la línea germinal por tanto que, según su punto de vista, la alteración de las células somáticas no afectan al genotipo y por lo tanto no son parte del tipo penal.

genético de la especie humana⁹³², (y no de peligro) ya que la alteración postula no sólo la probabilidad de un peligro concreto para la especie, sino la producción inmediata de un perjuicio al quedar afectado desde ese preciso momento el acervo hereditario de los seres humanos en cuanto bien jurídico colectivo.

Ciertamente, para nosotros es indudable que se requiere reconstruir dogmática y literalmente este tipo penal, elaborando una redacción típica diferente.

Desde nuestra perspectiva, **fácticamente** el resultado lesivo de la conducta típica no sólo no debe sino que no puede ubicarse en la alteración del contenido genético del ser humano - alteración del genotipo - ya que ello tiene lugar siempre, al ser consecuencia necesaria de toda intervención genética en genes humanos sobre seres humanos que, según su finalidad, podrá o no legitimarse.

Es decir, la práctica de una terapia genética, por ejemplo, sobre células no diferenciadas de un preembrión, requiere, busca y persigue, al igual que la práctica de una intervención eugenésica o puramente experimental, alterar el contenido genético del mismo, por lo que es imposible vincular el dolo o intención en la conducta del autor a la alteración del contenido genético, sino que éste debe indudablemente vincularse a la falta de intención terapéutica en la experimentación o en determinación de ciertas características genotípicas, no patológicas, que así como en la terapia, alterarán el patrimonio genético.

En otras palabras, siempre que hay terapia hay alteración aunque no determinación de características genotípicas - eugenesia - y siempre que no hay terapia, además de que hay alteración del contenido o patrimonio genético del ser humano, hay también determinación de características genotípicas.

Ello nos orilla a considerar que el delito que analizamos es un **delito de mera actividad**, pues, insisto, **no es posible identificar en la alteración del contenido genético del ser humano o de la especie humana, ya sea a través de la recomposición o recombinación de genes en células diferenciadas o no diferenciadas⁹³³, el resultado lesivo**

⁹³² En esa dirección, DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 60 y ss, quien asume la doble dimensión del bien jurídico pero considerando ambos de resultado material.

⁹³³ En contra BENÍTEZ ORTUZAR, quien afirma que la primera parte del artículo 159.1, modalidad dolosa, la formulación típica convierte al tipo en un delito de resultado, mientras que en la segunda parte, referida a la imprudencia grave, se constituye como un delito de peligro. *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, 438 y 449. Empero, siguiendo su propia argumentación, en esta modalidad imprudente del tipo penal se requiere literalmente que el resultado de la conducta no intencional altere el genotipo, lo que desvanecería la posibilidad de considerarle como un delito de peligro sino más bien, en todo caso, como de resultado material.

de la conducta⁹³⁴ ya que ello constituye siempre un elemento inherente de ella. No podemos olvidar que tanto la conducta típica cuanto la atípica consiste en **modificar** (manipular) la secuencia génica de las cadenas de ADN de las células sobre las que se actúa en el ser humano, y que ello implica siempre **modificar** (alterar) el patrimonio genético (genotipo).

Por ende, insisto en que no puede configurarse el tipo como un delito de resultado material sino de mera actividad⁹³⁵, al no requerirse la causación de un resultado separable espacio temporalmente de la conducta. La conducta de manipulación de genes sobre un ser humano que busque la determinación de ciertas características fenotípicas, no patológicas, lesionará el bien jurídico - inalterabilidad o intangibilidad del patrimonio genético - pero en ello no será posible ubicar la producción de ningún resultado⁹³⁶.

2.b.1.4.2) Imputación objetiva.

Si se define al tipo como un delito de resultado material, no haría falta decir mucho acerca del nexo requerido entre el comportamiento y el resultado típico. Así, la conducta típica debe ser, ex ante, la causa generadora que crea el riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, ello es, la causa de la modificación del patrimonio genético, por lo que la verificación del delito se producirá en el momento en que la acción directamente dirigida hacia ese fin realice el riesgo inherente a la misma, produciendo el resultado lesivo, alterando el contenido genético del ser humano.

Sin embargo, al conceptualizar éste delito como un delito de mera actividad, será necesario que para el autor hubiese sido previsible que la práctica de la manipulación de genes en o sobre un ser humano supondría la realización de la conducta típica que, reitero,

⁹³⁴ En sentido similar, para SERRANO GÓMEZ:, ob cit, pág. 132, la consumación del delito también se produce en el momento de la alteración (genotipo) del contenido genético del ser humano, **pero no identifica en ello el resultado típico**, al considerar este delito como un delito de peligro abstracto.

⁹³⁵ Resulta especialmente elocuente recordar en este momento la segunda hipótesis de la figura de manipulación de genes del Proyecto de CPE de 1992. "2) Cualquier otra manipulación de genes humanos, realizada con infracción de lo establecido en las leyes, será castigada con la pena de.....", y resulta elocuente pues, si bien es cierto la primera hipótesis delictiva se construía en función del resultado que se genera con la manipulación - alteración del tipo constitucional vital -, no es menos cierto que la segunda hipótesis había previsto la punición de una acción desarrollada fuera del ámbito permitido por las leyes de manera tal que, bastaba con la simple ejecución de la manipulación para que el delito quedara consumado, no siendo necesaria, en opinión de Peris Riera, ninguna alteración verificable en la realidad que vaya más allá de la propia acción manipuladora. Cfr, PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 143 - 145.

⁹³⁶ Pudiéndose entonces ubicar como un delito de estado en que el autor si bien ha creado un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste estado, en virtud de que el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

no consistirá en la alteración del patrimonio genético sino en cualquier acción de ésta naturaleza no dirigida a la eliminación de taras o enfermedades graves⁹³⁷.

2.b.2) Tipo subjetivo.

En estricto sentido, los tipos penales de los artículos 159.1 y .2 expresan dos modalidades subjetivas distintas. Una dolosa, consistente en la intención no terapéutica de intervenir en la conformación genética de un ser humano y; una culposa o imprudente, consistente en la modificación de la configuración genética de un ser humano presidida de una intención terapéutica, pero realizada sin respetar las reglas mínimas de la actividad propia del terapeuta genetista.

Sin embargo, como veremos, realmente ello no es tan pacífico pues en realidad, materialmente, la opción de relevancia penal de la modalidad imprudente es más que discutible.

2.b.2.1) El tipo doloso.

Por un lado, hay quienes afirman que el tipo subjetivo del delito de manipulación genética del artículo 159.1 está constituido por el dolo,⁹³⁸ y por el otro, también hay quienes afirman que además del dolo, es necesaria la concurrencia de otro elemento subjetivo del injusto, radicado en la finalidad no terapéutica y no preventiva que se persiga⁹³⁹.

Es decir, mientras que para unos la “finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves” en la conducta es el dolo, para otros constituye otro elemento, también subjetivo, del injusto penal⁹⁴⁰.

⁹³⁷ De esta manera estamos asumiendo que la “finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves” que se contiene en el tipo penal del artículo 159.1 constituye precisamente la descripción negativa de la conducta dolosa. Ello es, cuando la manipulación de genes en un ser humano no persigue la eliminación de taras o enfermedades graves, es porque busca la experimentación y/o determinación de ciertas características genotípicas en el ser humano.

⁹³⁸ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 666, entendiendo por éste, la conciencia y voluntad de practicar una actuación determinante de la producción de una alteración sobre los genes humanos.

⁹³⁹ ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 174.

⁹⁴⁰ En sentido contrario, si la “finalidad distinta de eliminar taras o enfermedades graves”, no es el elemento subjetivo del injusto, entonces es parte del elemento descriptivo de la conducta por lo que debe ubicarse dentro del marco del tipo objetivo.

Nosotros por nuestra parte estimamos que la conducta que se realice con la finalidad de eliminar o disminuir taras o enfermedades⁹⁴¹ graves, *aunque no lo consiga*, carecerá de trascendencia jurídico penal al haber quedado excluida su tipicidad⁹⁴². Es decir, la finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves constituye el dolo y a la vez, describe objetivamente, en sentido negativo, la característica de la conducta prohibida.

Por lo tanto, la actuación terapéutica elimina el elemento subjetivo - dolo -, y consecuentemente convierte en atípica la conducta alteradora del genotipo humano que no busca sólo experimentar o establecer determinadas características genotípicas en un ser humano⁹⁴³. A contrario sensu, el tipo penal se proyecta sobre cualquier tipo de manipulación que no persiga una finalidad terapéutica⁹⁴⁴.

De esta forma, sólo cuando la manipulación de genes sobre un ser humano se realice con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves podrá alcanzar relevancia penal⁹⁴⁵, debiendo entenderse satisfecho en ese supuesto, el elemento del tipo subjetivo requerido por el tipo penal del artículo 159.1, ello es, el dolo.

Ahora bien, y dado que el tipo incorpora el calificativo de “grave”, resulta trascendente, ante su silencio, precisar qué o a quien corresponde determinar la “gravedad” de la tara o enfermedad para que la conducta pueda quedar comprendida dentro de los marcos de la tipicidad.

⁹⁴¹ Según el Diccionario de la Real Academia, tara es un defecto físico o psíquico por lo común importante y de carácter hereditario. El concepto de enfermedad lo refiere tanto a dolencias físicas como psíquicas, hereditarias o no hereditarias, con base genética.

⁹⁴² Semejantemente, ALBERRUCHE DÍAZ FLORES: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 67, aunque para ella la finalidad que excluye la tipicidad es la mejora, no del ser humano, sino de la especie humana; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 174, para quien el tipo (doloso) no abarca la alteración con finalidad terapéutica.

⁹⁴³ Esta conclusión no es compartida por GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 666, el cual estima que dada la importancia de los bienes jurídicos en juego, la finalidad terapéutica de eliminación o de disminución de taras o enfermedades graves no debería determinar la exclusión de la tipicidad sino que debiera ser un hecho relegado a las valoraciones propia de la antijuridicidad.

⁹⁴⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 453.

⁹⁴⁵ De la misma impresión, VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 770.

En general, la doctrina (y la Ley⁹⁴⁶) se ha pronunciado por señalar que debe ser la autoridad o Comisión competente la que emita una especie de listado, que podría ser anual, en la que se especifiquen las taras o enfermedades genéticas que se considerarían “graves”, lo que nuestro juicio sería plausible ya que otorgaría una certeza y mayor seguridad jurídica⁹⁴⁷.

Este listado, siendo consecuentes con el resto del Ordenamiento, como lo proponen SÁNCHEZ MOLERO y SOLER MATUTES, debería estimar como “grave” toda aquella tara o enfermedad que, de no realizarse la intervención genético terapéutica, justificaría legalmente un aborto eugenésico⁹⁴⁸.

2.b.2.2) El tipo imprudente.

Si realizamos una interpretación literal del artículo 159 podría inferirse que en el primer párrafo la conducta incluye las acciones de manipulación sobre las células humanas en seres humanos no terapéuticas, y en el segundo incluye aquellas terapéuticas realizadas violando la *lex artis* del profesional genetista, lo que significaría que el legislador ha buscado conceder relevancia penal **a la alteración del genotipo** cuando las actuaciones terapéuticas no se lleven a cabo conforme a la *lex artis*⁹⁴⁹.

En este sentido ROMEO CASABONA considera que la modalidad imprudente de éste delito, al no remitirse al párrafo del artículo 159.1 constituye un tipo autónomo que consiste en la alteración del contenido genético del ser humano por imprudencia grave, es decir, producido como consecuencia de una actitud negligente dentro del marco de una actividad terapéutica permitida.

⁹⁴⁶ Tal y como expresamente se señala en el inciso d) del apartado correspondiente a las Disposiciones finales de la LTRA.

⁹⁴⁷ Por Real Decreto 415/1997, de 21 de mayo, se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, estipulándose en su artículo 4º que son atribuciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, “estudiar, actualizar y proponer la lista de enfermedades genéticas y hereditarias que puedan ser detectadas con el diagnóstico preimplantacional a efectos de prevención o terapéutica”.

⁹⁴⁸ Cfr; SÁNCHEZ MOLERO; SOLER MATUTES: “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, ob cit, pág. 1692.

⁹⁴⁹ Consciente del problema terminológico que nosotros destacamos líneas atrás entre la conducta de manipulación como sinónimo de modificación y el resultado de alteración como sinónimo también de modificación, LACADENA CALERO: “Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español; un comentario genético”, ob cit, pág. 210, señala que la redacción del tipo del artículo 159.2 es incorrecta al señalar que será punible la alteración del genotipo, cuando debió decir manipulación en lugar de alteración, ya que la alteración como consecuencia de una radiación (en un tratamiento de cáncer) quedaría abierta a la responsabilidad criminal.

Dicho de otra manera, para el profesor la modalidad imprudente es posible que aparezca cuando el resultado típico, que identifica en la alteración del contenido genético⁹⁵⁰, sea consecuencia de aquella acción, intervención o manipulación de cualquier clase que no tenga como propósito la alteración del genotipo⁹⁵¹, o que sea consecuencia de manipulaciones genéticas que, aún y cuando tengan por finalidad la eliminación de taras o enfermedades graves, haya sido realizada de manera negligente produciendo una alteración en el genotipo distinta de la proyectada y, en su caso, nociva para la salud e integridad del afectado o futuro ser⁹⁵².

En sentido opuesto, para VALLE MUÑIZ la opción de relevancia penal de esta modalidad imprudente es dudosa⁹⁵³, y considera que no debería resultar punible por la modalidad culposa la alteración imprudente del patrimonio genético en el seno de una intervención curativa⁹⁵⁴. Sin embargo, estima posible la realización del tipo imprudente cuando la infracción de la norma de cuidado se desarrolle en el seno de una conducta no terapéutica⁹⁵⁵.

No obstante, a este último argumento cabe oponer el hecho de que una actividad no terapéutica, presidida por la finalidad que el tipo subjetivo prevé, es ya una conducta que integra el tipo doloso.

Por su parte, BENÍTEZ ORTUZAR considera que en realidad el artículo 159.2 no contempla una conducta de modalidad imprudente sino dolosa eventual respecto de los profesionales de la genética, pues entiende que la interpretación del tipo debe ir dirigida a no dar relevancia penal a las actuaciones terapéuticas llevadas a cabo conforme a la *lex artis*, sino sólo aquellas que, aún y cuando persigan una finalidad terapéutica, violen las más elementales reglas de la genética, por lo que el tipo doloso debería incluir cualquier actuación

⁹⁵⁰ En contra DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 65, para quien el tipo de este artículo 159.2 no requiere la producción de un resultado dañoso en el genotipo, "le basta con su alteración".

⁹⁵¹ Afirmación que a juicio de SÁNCHEZ MOLERO; SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1696, constituye un desconocimiento de la realidad biotecnológica, donde la alteración del genotipo es producto de una transferencia premeditada del material genético.

⁹⁵² ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 174 y 175.

⁹⁵³ VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 770 y ss.

⁹⁵⁴ Opina igual DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 65, quien afirma que quedarían fuera las alteraciones del genotipo producidas por imprudencia grave en el marco de manipulaciones de genes humanos llevados a cabo con finalidad terapéutica.

⁹⁵⁵ También así, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 454.

no terapéutica, y el tipo imprudente sólo la terapéutica en la que media imprudencia grave de aquellos profesionales que pueden realizar la conducta de manipulación de genes con finalidad terapéutica violando las leyes de su profesión.

Propone entonces que el delito del segundo párrafo del artículo 159 se concrete como un delito de mera actividad en el cual no se incluya la exigencia típica de un resultado concreto, y en donde lo que se penalizaría es el peligro inherente a la conducta genética sobre material celular humano germinal con finalidad terapéutica pero temerariamente realizada⁹⁵⁶.

Finalmente, para SÁNCHEZ MOLERO y SOLER MATUTES la tipificación del tipo imprudente es un acierto que solo puede explicarse a través de la distinción entre la terapia genética somática y la germinal, cumpliendo el tipo imprudente un papel fundamental “como valedor de unas técnicas sobre las cuales no se ha alcanzado todavía el suficiente grado de desarrollo y que, por consiguiente, en aras de la prudencia profesional exigirá a los equipos biomédicos la observancia de un deber de cuidado tanto en los procedimientos germinales terapéuticos como en las somáticos terapéuticos”⁹⁵⁷.

Para ellos, lo anterior significa que estarían incluidas en la modalidad imprudente del artículo 159.2 del CPE las conductas que no adecuándose a la *lex artis*, y aún teniendo finalidad terapéutica se llevaran a cabo, dadas las lagunas del conocimiento actual, sin contar con las suficientes garantías de eficacia y seguridad, implicando un riesgo de imprevisibles consecuencias la introducción de genes foráneos en las células de una persona y su descendencia, al no estar aún garantizado que el gen transferido no cause como efecto la destrucción de otro gen y produzca, por una mala implantación, una enfermedad hereditaria.

No obstante, habría que apuntar en relación a ésta postura, que si la conducta, última opción terapéutica, se encuentra legal y jurídicamente permitida a pesar del enorme riesgo potencial que ello representa para la persona sometida a una intervención de tal naturaleza, es debido a que para el legislador caben dentro de los riesgos permitidos aquellas consecuencias derivadas de la impredictibilidad natural de la aplicación de la técnica misma. Así, ni la conducta ni el resultado serían imputables si el riesgo permanece dentro de los límites inherentes a los riesgos propios de la actividad genética, concretamente de la terapia genética, según el nivel de conocimiento científico alcanzado hasta ese momento.

⁹⁵⁶ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 451 y ss.

⁹⁵⁷ SÁNCHEZ MOLERO; SOLER MATUTES: “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, ob cit, pág. 1696.

Por tanto, lo que habría que responder es cuál podría ser la consecuencia material y jurídica de la práctica de una manipulación de genes con finalidad terapéutica realizada en forma negligente, y cuya respuesta pretendemos derivar en las siguientes e inmediatas líneas del texto.

Desde nuestra perspectiva, y siendo consecuentes con nuestro planteamiento, no es posible, a pesar de que así lo expresara formalmente el legislador, afirmar la existencia o posibilidad material de comisión de éste delito en una modalidad imprudente⁹⁵⁸.

En efecto, si observamos con detenimiento, la consecuencia de no mantener separada esa línea entre la conducta - modificación de los genes humanos en seres humanos - que en sí mismo comporta una alteración del patrimonio genético, y la alteración de éste patrimonio genético entendido como resultado, ha llevado a la formulación, que rechazamos, de un tipo formalmente imprudente que aparentemente requiere como resultado la alteración del genotipo derivado de la actuación lícita desarrollada de manera gravemente imprudente.

De cualquier manera, suponiendo sin conceder que el resultado típico que se pretende evitar fuera la alteración del genotipo, ésta interpretación de la modalidad imprudente que se proyecta sobre conductas realizadas con finalidad terapéutica, pero *infringiendo normas objetivas de cuidado*, no puede aceptarse pues produce una contradicción valorativa con la regulación del delito de aborto, ya que si el aborto eugenésico no es punible, resulta contradictorio castigar a quien mediante una conducta imprudente, realizada con finalidad de eliminar taras o enfermedades graves, por ejemplo en un feto humano, y así evitar un aborto, produjera una alteración del genotipo⁹⁵⁹.

No obstante, en realidad, y en ello reside nuestro verdadero argumento, el tipo imprudente es de imposible configuración, pues al estar referida **la conducta dolosa a la alteración genotípica eugenésica experimental, la conducta imprudente no puede referirse al resultado identificado en el fracaso terapéutico**, lo que nos lleva a cuestionar si es posible materialmente realizar una conducta "eugenésicamente imprudente", encontrándonos con una respuesta evidentemente negativa.

⁹⁵⁸ Esta misma conclusión es compartida por MORILLAS CUEVA para quien no parece asumible ni la realización dolosa eventual ni la imprudente que el legislador de manera explícita ha previsto. No obstante, el mismo autor, "siendo obediente a lo que parece una interpretación legal" admite ambas posibilidades y termina realizando una interpretación en la que concluye que el tipo penal prevé la sanción de una conducta de manipulación, con finalidad terapéutica pero llevada a cabo con grave negligencia profesional, conclusión con la que, en los términos aquí sostenidos, evidentemente discrepamos. Cfr; MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 183.

⁹⁵⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 454; También VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 772.

Sólo manteniendo esta diferenciación, recordando cuál es el bien jurídico y no olvidando el ámbito de protección de la norma que, según vimos, esta orientado hacia la prevención de la determinación de características genotípicas en un ser humano a través de la aplicación de las técnicas de recombinación del ADN, puede comprenderse porque si la finalidad terapéutica **en éste delito** (que define en sentido negativo la conducta prohibida - experimental eugenésica -) excluye el tipo doloso, resulte dudoso que al mismo tiempo fundamente el tipo imprudente de un delito que sólo puede cometerse intencionalmente.

Así, para la atipicidad de la acción, la finalidad de la manipulación de los genes humanos en seres humanos, alterando el contenido genotípico, no debe ir orientada a la selección, imposición o determinación de características genotípicas, (eugenesia) sino a la eliminación o disminución de la tara o enfermedad grave que aqueja al ser humano, aún y cuando ello no se consiga. Consecuentemente, la intervención no eugenésica será por definición una intervención terapéutica.

Luego entonces, sólo si olvidamos la ratio legis del tipo, su ámbito de aplicación, y el interés jurídico que tutela, pudiéramos considerar punible a título de imprudencia una conducta no eugenésica que resulte en una lesión a la integridad del ser humano sobre el cual se proyecta la actividad genético curativa, atribuida a la negligencia con que la técnica se desarrolló.

Sin embargo, el quid esta en que el bien jurídico identificado y por ende el ámbito de protección de la norma son otros ajenos a la salud o integridad de los seres humanos, por lo que una técnica que no busca adulterar la singularidad del genotipo humano no puede ser típicamente relevante, para efectos de éste delito, aún y cuando traiga como consecuencia de una actuación gravemente negligente, la no disminución, eliminación e inclusive creación, de una nueva enfermedad o tara.

Dicho con otras palabras, si imaginamos cuales serían las consecuencias de la conducta lícita de manipulación de genes llevada a cabo negligentemente, obviamente que llegaríamos a la conclusión antes dicha de que no puede ser punible, pues el ámbito de protección de la norma no puede ubicarse en la alteración del genotipo ya que ello es inherente a la conducta, y tampoco en la no consecución de la eliminación o disminución de las taras o enfermedades graves o en la causación de nuevas enfermedades (trastornos genéticos producidos como consecuencia de una manipulación genética lícita), ya que ello quedaría cubierto por otros tipos penales que, dependiendo del ser humano sobre el cual se actúe, darían lugar a la comisión del delito de lesiones, aborto, etc.⁹⁶⁰.

⁹⁶⁰ Aunque lo mencionaremos con detalle cuando analicemos las diferente situaciones concursales posibles, aquí basta destacar que una intervención terapéutica realizada imprudentemente

En el marco del tipo penal, lo prohibido es la eugenesia y lo permitido es la terapia genética. Lo realizado imprudentemente en el marco de la conducta lícita no tiene relación con el objeto de prohibición de la norma penal, por lo que, se insiste y concluye, es imposible configurar este delito en la modalidad imprudente⁹⁶¹.

2.b.3) Error de tipo.

GONZÁLEZ CUSSAC es de la opinión de que en todos los casos en que el sujeto activo crea que su manipulación va a repercutir positivamente en la salud y finalmente ello no se logre, dado que el tipo exige la finalidad terapéutica más no que esta se obtenga, considera que la mayoría de esos supuestos carecerán de tipicidad, al eliminarse el dolo, a través de la invocación de un error de tipo, y a pesar de que el resultado de alteración se de. GRACIA MARTÍN se opone a ello, principalmente porque considera que el error sobre un elemento del tipo, excluyente del dolo, no puede hacerse depender de la finalidad perseguida, ya que ese error excluyente del dolo debe tener exclusivamente como objeto un elemento del tipo objetivo y nunca un elemento o circunstancia de la finalidad trascendente al dolo mismo.

Esto último es, en parte, consecuente con nuestra perspectiva, pues según vimos ya, la conducta que se realice con la finalidad de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, *aunque no lo consiga*, carecerá de trascendencia jurídico penal, al haber quedado excluida su tipicidad. Es decir, no nos es posible coincidir cuando se afirma que la conducta que no haya mejorado el estado de salud es atípica, por error, a pesar de que haya alterado el contenido genético del ser tratado, porque, insistimos, en la no consecución de la mejoría del estado de salud es imposible identificar resultado típico alguno; en otras palabras, una conducta así es intrascendente jurídico penalmente desde el análisis de su parte objetiva, ya en la misma acción, antes del correspondiente análisis del tipo subjetivo.

2.b.4) Ausencia de antijuridicidad.

Como hemos señalado, al igual que ocurre en el caso del delito de lesiones al feto, las formas de ataque al bien jurídico reconocido en este tipo penal se encuentran vinculados con el desarrollo de las técnicas de ingeniería genética que han abierto la posibilidad, tanto

sobre un embrión, y que no sólo fracasa sino que además le destruye, podría ser constitutiva de un delito de aborto imprudente más nunca de manipulación genética en la modalidad imprudente.

⁹⁶¹ También de la opinión contraria SÁNCHEZ MOLERO Y SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1696, para quienes las manipulaciones genéticas con finalidad terapéutica (admitida por la ley) realizadas de forma gravemente negligente serán típicamente constitutivas del tipo imprudente del artículo 159.2 pues finalmente han producido una alteración distinta de la proyectada.

de corregir las alteraciones genéticas que provocan las enfermedades causadas por la mutación o defecto desde un sólo gen o cromosoma a través de la inserción o modificación de material genético dentro de una célula, sustituyendo o manipulando un gen anómalo por un nuevo gen, normal y funcional, que se hará cargo de la función del anterior gen, cuanto de seleccionar o intervenir en la composición genética del futuro ser humano o de la persona, sin que ello obedezca a alguna razón terapéutica, evidenciándose el sentido ambivalente de dicho desarrollo y técnicas y la necesidad de un marco que, fundado en la finalidad con que la técnica se aplique en un caso concreto, proteja la inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano y al mismo tiempo el derecho a la salud y al desarrollo y avance de la ciencia genética en el ámbito de las células humanas.

Así entonces, y bajo la óptica del principio de intervención mínima que debe regir en el Derecho penal, la norma ha de crear un sistema de contrapesos en el que al mismo tiempo, ni todas aquellas conductas que manipulen genes humanos en seres humanos quedarán al margen del Derecho penal, ni todas serán típicas⁹⁶².

Ahora bien, según observamos al analizar el tipo subjetivo, la redacción de este delito precisó resolver si la “finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves” era una parte de la descripción objetiva de la conducta (en sentido negativo), un elemento subjetivo del injusto independiente al dolo, o parte del dolo mismo, cuya determinación tiene una aparente repercusión en lo concerniente a la antijuridicidad y las posibles causales de justificación.

Para aquellos que consideran que es un elemento descriptivo de la acción y cuyo resultado material es la alteración al genotipo, habría que afirmar que el tipo penal ha establecido una causa de justificación específica⁹⁶³ en el que, ponderando los intereses en juego entre la inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano y/o de la humanidad, y la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves⁹⁶⁴, ha determinado dar prioridad

⁹⁶² MARIS MARTÍNEZ no comparte lo anterior y considera que el tipo penal ha establecido una cuestionable causa de justificación, pues no justifica que en aras de la supuesta erradicación o disminución de una tara o enfermedad grave en uno de sus integrantes, toda la humanidad vea irremediablemente mutado su genoma. Cfr. “La genética en el ámbito de la ley española”, ob cit, pág. 164.

⁹⁶³ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 106; En sentido similar, VÁZQUEZ IRUZUBIETA: “*Nuevo Código Penal Comentado*”, ob cit, pág. 241; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 668, para quienes la finalidad de la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves excluye la antijuridicidad. En contra, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 457, para quien ante la alta especialización requerida para ejecutar materialmente el tipo, no es posible la aparición de ninguna causa de justificación.

⁹⁶⁴ Y dado que el tipo requiere que se interprete lo que debe entenderse por grave, volvemos a sostener lo antes dicho en el sentido de que para evitar el riesgo de prácticas eugenésicas, el Ordenamiento debería contar con un sistema de *numerus clausus* que permita distinguir entre

al derecho del ser humano a heredar o tener un patrimonio genético sano sobre el derecho a la inalterabilidad del mismo.

Por lo tanto, así considerado, la acción dirigida de manipulación de genes que conlleva la alteración del patrimonio y contenido genético de un ser humano sería siempre una conducta típica, pero la antijuridicidad quedará excluida en la tarea terapéutica⁹⁶⁵ que tenga por objeto suprimir o disminuir taras o enfermedades **graves** que el futuro ser humano tenga o pueda llegar a desarrollar.

Si por el otro lado se considera que la “finalidad distinta de la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves” pertenece al ámbito del tipo subjetivo del injusto, entonces no podría referirse a ella como una causa de justificación específica, sino como un elemento de la tipicidad de la acción⁹⁶⁶, lo que traería como consecuencia que toda aquella acción llevada a cabo con finalidad terapéutica, aún y cuando haya ocasionado el resultado típico, identificado en la alteración del genotipo, carecería de relevancia jurídico penal⁹⁶⁷.

En mi opinión, la determinación de la “finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves” que previamente la ubicamos en la parte subjetiva del tipo, como parte integrante del dolo, y que describe objetivamente en sentido negativo la característica de la conducta típica, no afecta en este caso a la determinación de la existencia o no de alguna norma permisiva que elimine la antijuridicidad, al no identificar en la alteración del genotipo el resultado lesivo de la conducta.

enfermedad genética grave, digna de terapia, y la que no lo sea, evitando así la incertidumbre jurídica que derivaría si la evaluación de la gravedad o levedad de la enfermedad fuera una cuestión que quedase en manos del médico genetista o, peor aún, del arbitrio judicial, tal y como en su momento la Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética de 16 de marzo de 1989 recomendara cuando específico que debería elaborarse un catalogo de indicaciones sobre las posibles enfermedades a las que podrá aplicarse esta forma de terapia.

⁹⁶⁵ Sin embargo, estimar que el tipo penal ha planteado una causa de justificación específica - ejercicio legítimo de la profesión médica - implica incurrir en una contradicción en torno a lo afirmado en relación a la cualidad especial no requerida del sujeto activo, afirmando ahora que la acción requiere ser ejecutada por un sujeto que reúna una condición o cualidad especial - médico biogenético - ingeniero genético - etc, que el tipo penal, como ya se destacó, formalmente no precisa.

⁹⁶⁶ Para GONZÁLEZ CUSSAC, la tipicidad quedará excluida siempre que existe una finalidad de mejorar la salud de la especie humana en términos generales, pues ello es una exigencia del elemento subjetivo de intención imprescindible para la configuración del tipo. Cfr, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 826.

⁹⁶⁷ Por lo tanto, para MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 128, la tipicidad penal depende de si con la conducta se pretende o no un fin terapéutico.

Obviamente, si hemos entendido que la ausencia de la “finalidad distinta de la eliminación de taras o enfermedades graves” elimina o excluye la tipicidad, sobra decir que para nosotros no constituye dicha finalidad una causa de justificación que elimine la antijuridicidad, o si se prefiere (adoptando la tesis de los elementos negativos de la antijuridicidad) una causa de justificación específica como elemento negativo de la antijuridicidad que conlleve a la atipicidad de la acción.

No obstante y para terminar este apartado, al margen del tipo y de la supuesta causa de justificación contenida, que no es tal, volvemos a insistir que si no se entiende o considera la no viabilidad del ser humano en formación sobre el cual se actúe como sinónimo de muerte, habría que aceptar que frente a la posibilidad de realizar una serie de manipulaciones genéticas que no persigan una finalidad terapéutica, sino eugenésico experimental, éstas no podrán ser consideradas antijurídicas al encontrarse expresamente autorizadas por una serie de disposiciones contenidas en las leyes administrativas 35 y 42/1988.

Es decir, si no se entiende que el ser humano en formación no viable es un ser humano “normativamente muerto”, en aquellas intervenciones genéticas sobre preembriones, embriones o fetos vivos pero no viables si sería posible encontrar causas de justificación a través del ejercicio legítimo de la profesión, aunque contenidas fuera del CPE⁹⁶⁸.

2.b.5) Culpabilidad. Error de prohibición.

Siendo consecuentes con lo expuesto, y dada la naturaleza inherente a esas acciones, sería teóricamente posible concebir la posibilidad de que apareciera un error de prohibición en que el autor de la conducta ignorase la ilicitud del hecho por creer, por ejemplo, que la tara o enfermedad tiene el tal carácter de grave sin ser ello así⁹⁶⁹.

2.b.6) Tentativa y Consumación.

Si se parte de una configuración del delito de manipulación genética como un delito de resultado, sería posible apreciar la tentativa⁹⁷⁰. Es decir, la falta de resultado

⁹⁶⁸ Por ejemplo, para ROMEO CASABONA, las conductas de los artículos 14, 15 y 16 de la LTRA constituyen causas de justificación previstas por el artículo 20.7 del CPE.

⁹⁶⁹ Obviamente, para quienes consideran que la finalidad terapéutica no es una causa de exclusión de la tipicidad, sino una causa de justificación, el ejemplo anteriormente señalado constituiría un error de tipo en que, precisamente, el activo creyera que obra justificadamente, sin que en realidad la intervención sea, bajo los parámetros que previamente se establezcan, objetivamente necesaria.

⁹⁷⁰ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 107.

material, identificado en la alteración del genotipo, dará lugar a la tentativa⁹⁷¹ pues sería posible imaginar una situación en la que se inicie la manipulación genética sin que se llegue a alterar el genotipo⁹⁷².

2.b.7) Penalidad.

La sanción prevista para la hipótesis dolosa del artículo 159.1 es de doble naturaleza; pena privativa de libertad de dos a seis años e; inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años.

Por la otra parte, la sanción prevista en el supuesto de la hipótesis culposa del artículo 159.2 es también de doble naturaleza; inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años y; la de carácter pecuniario consistente en multa de seis a quince meses.

2.b.8) Concursos.

Analizar las distintas posibilidades de que el delito de manipulación genética entre en concurso frente a otros tipos delictivos, e inclusive frente a otras leyes de corte administrativo⁹⁷³ nos ha permitido realizar no sólo una delimitación de las situaciones concursales, sino una breve síntesis de lo antes expuesto en relación a la estructura del tipo subjetivo del injusto de éste delito. Así, hemos concluido que:

⁹⁷¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *"Nuevo Código Penal Comentado"*, ob cit, pág. 241. También; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 668.

⁹⁷² Cfr; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 135.

⁹⁷³ Concursos que en opinión de SÁNCHEZ MOLERO Y SOLER MATUTES: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", ob cit, pág. 1687, se resolverá, a fin de no violentar el principio de NE BIS IN IDEM, en favor de la jurisdicción o competencia penal, ello con base a dos referencias que, desde su punto de vista garantizan el principio antedicho. Uno es el artículo 33 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril) el cual dispone que en ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, y por otra parte y de forma más explícita, el artículo 29 de la Ley 15/1994 de 3 de junio por la que se establece el Régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente con el fin de prevenir los riesgos para la salud humana y el medio ambiente (desarrollada por el Real Decreto 951/1997 de 20 de junio) prevé lo que la administración debe hacer cuando aprecie que los actos cometidos con arreglo a la misma pudieran ser constituidos de delito o falta, señalando que "dará traslado del tanto de culpa al Ministerios Fiscal y suspenderá la tramitación del expediente sancionador hasta la resolución de la autoridad judicial". "La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".

La manipulación genética que busque eliminar taras o enfermedades graves, realizada prudente o imprudentemente sobre un embrión no anidado, aunque lo lesione o destruya, será una conducta atípica.

En la manipulación genética que no busque la eliminación de taras o enfermedades graves y que destruya o lesione al embrión no anidado habrá sólo un delito de manipulación genética.

Si la “manipulación genética” persigue una finalidad terapéutica, y es realizada diligentemente sobre un feto, aún y cuando ocasione su lesión o muerte, será una conducta atípica al no observarse “ex ante” en la conducta diligente un aumento del riesgo permitido inherente a toda actuación terapéutica.

La “manipulación genética” que se realice sobre un embrión anidado o feto y que persiga una finalidad terapéutica, pero que en su realización se observe una inexcusable negligencia, lesionándolo o destruyéndolo (imprudencia grave) según hemos sostenido, no dará lugar al delito de manipulación genética (art 159) y sólo habrá lugar al delito de lesiones al feto o de aborto, en su modalidad imprudente⁹⁷⁴.

La manipulación genética no terapéutica realizada sobre un embrión anidado, feto⁹⁷⁵ o persona, que no produce la muerte o una lesión, (del nasciturus o de la persona) será constitutiva del delito de manipulación genética.

Pero si la “manipulación genética” ilícita trae como consecuencia la destrucción o lesión del embrión o del feto, habrá lugar, reitero, en el caso del embrión no anidado, sólo al delito de manipulación genética del artículo 159; en el caso del embrión anidado a un concurso ideal entre el delito de manipulación genética y el delito de aborto⁹⁷⁶ y; en el caso

⁹⁷⁴ Obviamente que para nosotros ésta conclusión - necesaria en los términos actuales del artículo 157 y 158 del CPE - resulta insatisfactoria pues la manipulación lícita realizada imprudentemente sobre un embrión con resultado de lesión debería quedar comprendida también en el delito de lesiones al feto. Sin embargo, en estricto sentido y según concluimos, cualquier manipulación lícita llevada a cabo con imprudencia grave sobre un embrión, aunque lo lesione o destruya, será una conducta atípica.

⁹⁷⁵ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 460, identifica además “teóricamente” como posibles situaciones concursales de éste delito, el concurso con el delito de lesiones a la mujer sobre la cual se tenga que actuar para alterar el genotipo del embrión o intrauterino; el concurso con el delito de clonación y selección de la raza del artículo 161.1, a resolver en favor del artículo 159.1 por ser especial respecto al general del artículo 161.2 además del principio de alternatividad al ser mayor la pena prevista para el tipo de manipulación genética que el de selección de la raza.

⁹⁷⁶ Para GRACIA MARTÍN, si bien en éste caso habrá un concurso ideal, considera que el concurso se dará entre un delito de aborto por imprudencia y una tentativa de manipulación genética. Cfr; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 670.

del feto, además de éste concurso ideal entre el delito de “manipulación genética” del artículo 159 y el delito de aborto previsto por el artículo 144, a un concurso ideal entre el delito de lesiones al feto previsto por el artículo 156 y el delito de manipulación genética del artículo 159, ambos del CPE⁹⁷⁷.

Finalmente, si la manipulación genética no terapéutica se realiza sobre un ser humano ya nacido, sobre células somáticas, y esto trae como consecuencia la lesión o muerte de la misma, podrá observarse un concurso entre el delito de manipulación genética y el delito de lesiones del artículo 147 o 152 ⁹⁷⁸, o el delito de homicidio del artículo 139 o 142 del CPE⁹⁷⁹.

3) El tipo de producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana utilizando la ingeniería genética. Artículo 160. Análisis.

Art 160: La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

3.1) Tipo objetivo.

3.1.1) El bien jurídico protegido.

El orden sistemático con el que nos hemos propuesto realizar el análisis de los tipos penales de este Título nos obliga a precisar primero lo que constituye el objeto de protección de la norma, a pesar de que quisiéramos empezar por realizar una serie de observaciones sobre un conjunto de elementos que permiten acotar la ratio legis de un tipo, que dada su actual redacción, en muchos casos quedará al margen de hipótesis previsibles atentatorias del bien jurídico.

⁹⁷⁷ En sentido similar, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 828.

⁹⁷⁸ Concurso que para ROMEO CASABONA será de leyes ante la identidad del bien jurídico, pues las células somáticas y sus componentes forman parte de la integridad personal, resolviéndose dicho concurso a través del principio de alternatividad en favor del tipo de manipulaciones genéticas (art 8.4 del CPE) Cfr; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 175.

⁹⁷⁹ Obviamente, la falta de la finalidad terapéutica en el caso en que el ya nacido haya otorgado su consentimiento, eliminará, desde nuestro punto de vista, la posibilidad de considerar típica la acción de manipulación genética, dando lugar sólo, según se trate, a la comisión de un delito de lesiones o de homicidio.

Prácticamente, para casi la mayoría de la doctrina⁹⁸⁰ éste tipo está dirigido a la protección de la supervivencia de la especie humana de los peligros que comporta la ingeniería genética como instrumento armamentístico⁹⁸¹. Es decir, “el bien jurídico protegido es la especie humana, ya sea en su integridad física, ya en las condiciones de supervivencia”⁹⁸², lo que le proporciona una naturaleza supraindividual al trascender en su protección al individuo en lo particular.

3.1.2) El objeto material.

El tipo penal dispone que la “utilización” (conducta que más adelante precisamos) de la ingeniería genética se dirija hacia la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

Por lo tanto, si recordamos que la “ingeniería genética” manipuladora esta referida particularmente a la recombinación del ADN (de genes) y a la posibilidad de intercambiar factores genéticos de unas especies a otras, produciendo microorganismos genéticamente modificados, y que la no manipuladora esta referida al uso y empleo del material genético no necesariamente modificado, tenemos que concluir que el objeto material de éste delito recae en los genes de cualquier organismo⁹⁸³, y no sólo de genes humanos⁹⁸⁴.

GRACIA MARTÍN sostiene una posición interesante y considera que el tipo penal carece de objeto material al tratarse de un delito de peligro abstracto que no requiere para su

⁹⁸⁰ Salvo para RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109, para quien el bien jurídico parece complejo pues afecta a la naturalidad de la reproducción humana y al respeto a los elementos biológicos de los que se deriva la vida del hombre. No obstante, aún así coincide finalmente en que el tipo penal busca, sobre todo, la protección de la especie humana.

⁹⁸¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI: “Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 65; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 830; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 128; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 172 Y 175.

⁹⁸² SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 130; JUNCO MANS: *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, ob cit, pág. 1003. También GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 673, define el bien jurídico en la idea de “condiciones de supervivencia de la especie humana”.

⁹⁸³ Igualmente; RUIZ VADILLO: “Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario”, ob cit, pág. 1947; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109; VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 773; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 494 y 495.

⁹⁸⁴ En ésta línea, LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Editorial Dykinson, Séptima Edición, Madrid 1998, pág. 42.

realización que llegue a producirse ningún acto de agresión al bien jurídico representado o encarnado en un objeto material.

Debido a ello, distingue entre objeto material y el objeto de acción, entendiendo que esto último está constituido por las armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, clasificándolo, siguiendo la tesis del profesor GIMBERNAT ORDEIG, como un delito con objeto plural inequívocamente ilícito que se caracteriza porque se realiza sobre una pluralidad de cosas o una cantidad indeterminada de mercancías que ostentan un inequívoco carácter ilícito. Así, la mera existencia de los objetos de la acción o de hecho (las armas biológicas o exterminadoras) es una situación tan peligrosa en sí misma que el legislador ha adelantado las barreras de la protección penal hasta el punto de constituir en conducta punible la mera actividad⁹⁸⁵.

No obstante, cabe puntualizar que si bien es cierto existe una gran cantidad y pluralidad de objetos sobre los cuales la conducta típica se puede proyectar, no es menos cierto que esa gran pluralidad de objetos no es indeterminada, pues la conducta ilícita que el tipo requiere para configurarse habrá de recaer, siempre, en todo aquello que se defina como material genético, humano o no humano, animal o vegetal.

3.1.3) Sujeto activo.

Como ya hemos visto, el legislador decidió mantener la estructura de los delitos comunes a pesar de la alta y compleja especialización que se requeriría para utilizar la ingeniería genética, y más aún, con la finalidad específica de producir una arma biológica.

Por tanto, aunque de hecho el sujeto activo sólo podrá ser aquella persona que posea la formación suficiente para emplear la ingeniería genética a fin de producir las armas a las que el delito se refiere, de su redacción típica se infiere que, formal y teóricamente, no se trata de un delito especial propio⁹⁸⁶, sino común⁹⁸⁷.

3.1.4) Sujeto pasivo.

⁹⁸⁵ Véase; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 676.

⁹⁸⁶ De la opinión contraria, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 830.

⁹⁸⁷ En esa dirección; RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1948; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 497; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 674; ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 178.

Al identificar en la supervivencia de la especie humana la ratio legis colectiva de este delito, es evidente que el sujeto pasivo será la totalidad de la especie humana⁹⁸⁸.

3.1.5) Conducta típica.

Hemos precisado ya el bien jurídico y el objeto material a efecto de poder determinar cuál es la conducta que se requiere para colmar los extremos del tipo penal. Esto último requiere realizar una interpretación sistemática que permita comprender a que se refiere el legislador cuando formula el tipo penal a través del verbo “utilizar” la ingeniería genética.

Es decir, no parece suficiente concretarse a mencionar que la conducta típica consiste en la “utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana”, sino que requerimos elucidar (recordar) en que consiste esa “utilización” de la ingeniería genética, es decir, si el tipo se refiere a las técnicas recombinantes del ADN - manipulación genética -, al empleo de genes sin modificarlos, o a ambas a la vez, y si podemos considerar que el tipo penal se encuentra alternativamente formado, tipificándose no una finalidad genérica en la conducta de “utilización”, sino dos particulares, consistiendo la primera en producir armas biológicas y la segunda en producir armas exterminadoras de la especie humana⁹⁸⁹.

Para acceder a esas respuestas es condición previa concretar lo que debemos entender por arma biológica y por arma exterminadora de la especie humana.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, un arma es un instrumento destinado a ofender o defender. Lo biológico es aquello perteneciente o relativo a la biología y, la biología es la ciencia que trata de los seres vivos.

Así, para que un *instrumento* (arma) que *utilice* organismos⁹⁹⁰ vivos (biológica) pueda *ofender*, ello es, poner en concreto peligro la vida, integridad o salud de las personas,

⁹⁸⁸ Por todos, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 674. Para GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 830, además de la especie humana, identifica como sujeto pasivo del delito a los poderes públicos.

⁹⁸⁹ De esa opinión SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 130.

⁹⁹⁰ El artículo 2º de la Ley 13/1994, de 3 de junio, que establece el régimen de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y el medio ambiente, entiende por “organismo” a cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyendo las entidades microbiológicas, sean o no celulares, y por “organismo modificado genéticamente” cualquier organismo cuyo material genético haya sido modificado de una manera que no se produzca de forma natural en el apareamiento o en la recombinación natural.

entendiendo requerirá tener la capacidad de depositar, introducir o liberar sobre el medio ambiente⁹⁹¹, organismos que, una vez que entran en contacto con los seres humanos resultan nocivos para su salud, lo cual significa - imaginemos un virus o bacteria que es propagado intencionalmente a través de un instrumento (arma bacterial) - que **en la producción de armas biológicas no necesariamente se requiere el empleo de organismos vivos** que hayan sido **modificados** previamente, esto es, alterados *genéticamente* de forma dirigida o artificial.

Es más, en realidad hasta hace no muchos años (antes del desarrollo de las técnicas recombinantes del ADN) el concepto de arma biológica venía referido a aquel instrumento capaz de propagar en el entorno ambiental un virus o bacteria, existente pero no latente, (erradicado del medio ambiente) conservado o almacenado en centros específicos.

Por ende, lo primero que debemos destacar a fin de elucidar o concretar en qué a de consistir la conducta típica, es que un arma biológica puede ser producida inclusive sin el uso o empleo de organismos modificados a través de técnicas de ingeniería genética, lo que desde nuestro punto de vista simplifica y delimita la conducta típica referida por el legislador, pues si de hecho un arma biológica puede ser producida sin la aplicación de la ingeniería genética⁹⁹², el requerimiento específico establecido por el legislador debe obligarnos a señalar que *la conducta prohibida* por el tipo penal *consiste* en la **utilización de técnicas recombinantes de ADN** para la creación del arma biológica, lo que quiere decir, por decirlo de alguna manera, que toda “arma genética” será un arma biológica, (a ésta se refiere el tipo) pero no toda arma biológica será un “arma genética”.

Es decir, para los efectos del tipo penal sólo puede entenderse por arma biológica aquel instrumento creado con o a través de elementos *vivos*, *modificados*, capaz de incorporar, liberar, depositar o introducir sobre el medio ambiente organismos vivos que, una vez que entran en contacto con los seres humanos, son capaces de perjudicar la salud y vida de los mismos, por lo que es indudable que el término empleado en el tipo - “utilizar” -, se refiere a la acción de manipular genes - recombinación del ADN -, y nada más⁹⁹³.

⁹⁹¹ La Directiva 90/220 del Consejo de Europa, de 23 de abril de 1990, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, define la liberación intencional como la introducción deliberada en el ambiente de un organismo genéticamente modificado sin que se hayan adoptado medidas de contención, físicas, químicas o biológicas que restrinjan el contacto del organismo genéticamente modificado con el medio ambiente y con la población humana.

⁹⁹² Lo que suponemos tomó en cuenta el legislador.

⁹⁹³ Quizá en ello pueda encontrarse respuesta (no justificarse) a la interrogante del porqué un tipo penal que sanciona la creación de un instrumento de uso bélico se encuentra ubicado en el Título V del Libro II del CPE junto a tipos penales que regulan y sancionan conductas y bienes jurídicos diametralmente diferentes, pues probablemente influyó en el legislador, no la identificación del o con el bien jurídico de otros tipos del mismo Título, sino lo afín de la conducta que, al igual que en algunos otros

Si seguimos el mismo esquema, un arma exterminadora de la especie humana es aquel instrumento capaz de terminar con la vida humana, aunque en éste último caso, al ser necesario que la producción del arma se realice por medio de la ingeniería genética, deberemos entender para efectos del delito por arma exterminadora lo mismo que por arma biológica. Es decir, toda “arma exterminadora de la especie humana” producida a través de la utilización de la ingeniería genética, es un arma biológica⁹⁹⁴.

En otras palabras ¿es posible crear un arma exterminadora de la especie humana que no emplee organismos vivos? Al ser obviamente afirmativa la respuesta, pues las hay por ejemplo, de composición química⁹⁹⁵, tóxicas, radiactivas, atómicas⁹⁹⁶, etc, habremos de concluir que la finalidad en la conducta típica que el legislador pretendió sancionar en el tipo es una sola pues “no parece que las armas exterminadoras puedan ser diversas a las biológicas si se derivan de la ingeniería genética”⁹⁹⁷.

En efecto, es posible fabricar o producir instrumentos o aparatos que tengan capacidad para destruir la vida humana alterando el entorno ambiental, aunque ello no conlleve el empleo de la ingeniería genética. Por lo tanto, en estricto sentido, el empleo o **utilización** de cualquier otro procedimiento o técnica (que no sea de ingeniería genética) dirigido a la producción de armas, inclusive biológicas, con capacidad de exterminio, constituirá una conducta que no quedará bajo la cobertura del tipo penal del artículo 160⁹⁹⁸.

Ello nos lleva a reiterar que la conducta típica expresada a través del verbo enraizado en la palabra “utilizar”- utilización de la ingeniería genética - a la que se refiere el

tipos penales, precisa el uso de la ingeniería genética manipuladora de genes, en éste caso, de cualquier organismo.

⁹⁹⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA: “*Nuevo Código Penal Comentado*, ob cit, pág. 242, entiende que las armas pueden ser de dos tipos distintos - biológicas y exterminadoras -, pues si bien la exterminadoras han de ser biológicas, éstas tendrán un mayor poder ofensivo y letal

⁹⁹⁵ Hipótesis contemplada en el artículo 566 del CPE.

⁹⁹⁶ Conductas que quedarían comprendidas dentro del artículo 566.1 en relación con el artículo 567.2 que se refieren a las “armas de guerra”.

⁹⁹⁷ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109, quien por ello considera que el legislador (y el tipo penal) incurrió en un pleonismo.

⁹⁹⁸ Para ROMEO CASABONA, las armas **bioquímicas** obtenidas por otros procedimientos no genéticos pueden entenderse incluidos en el tipo del artículo 610. Sin embargo, no coincido con la afirmación del profesor pues éste artículo contempla como conducta típica el empleo de medios de combate que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente que comprometan la salud o supervivencia de la especie humana, más no así la producción de dichos medios. Cfr; ROMEO CASABONA: “*Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética*”, ob cit, pág. 177.

tipo penal comprende sólo aquella ingeniería genética manipuladora o modificadora de material genético de cualquier especie y no así el simple empleo o manejo de dicho material genético⁹⁹⁹ y; que el tipo penal comprende una y no varias finalidades típicamente relevantes, consistiendo ésta en la producción de armas biológicas, cuya potencialidad futura de destrucción ha sido considerada razón suficiente para justificar su prohibición¹⁰⁰⁰, independientemente de su capacidad exterminadora de la especie humana¹⁰⁰¹.

Ciertamente entonces, el legislador no ha buscado prohibir o sancionar a través de éste tipo delictivo la simple producción de armas, conducta que podría quedar ya prevista por el artículo 566 del mismo CPE, sino que el objeto del tipo radica en limitar el uso de las técnicas de recombinación del ADN para aquellos fines.

No obstante, dada la trascendencia del bien jurídico, se hecha en falta dentro del ámbito jurídico adecuado, una redacción que sin dejar de comprender esta conducta, también advierta aquellas que sin necesidad de utilizar la ingeniería genética busquen igualmente la producción de armas con capacidad de exterminio masivo para la especie humana.

De lo anteriormente dicho podemos derivar una de las críticas que este precepto merece, ya que, insisto, si el bien jurídico es la supervivencia de la especie humana, su ubicación sistemática es incorrecta¹⁰⁰² y su adecuación técnica es limitada¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹ De opinión contraria; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 676, para quien la actividad consistirá tanto en **modificar** genéticamente microorganismos cuanto en **simplificar** (no hay modificación) la producción en masa de determinadas sustancias cuya liberación podría causar graves perjuicios a las condiciones naturales, biológicas y ecológicas de subsistencia de la especie humana. Sin embargo, insisto en que ello es incorrecto pues simplificar la producción en masa de determinadas sustancias no necesariamente implica el empleo de genes ni su consecuente manipulación.

¹⁰⁰⁰ Para LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARAN: *El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, ob cit, pág. 99, califican la conducta como “desviaciones perversas de la actividad científica”.

¹⁰⁰¹ En sentido similar, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 495, quien considera que el término “exterminadora de la especie humana” no obsta para realizar una lectura de éste delito en la que se sancione la creación de un arma biológica, aunque ésta no sea exterminadora.

¹⁰⁰² Para BENÍTEZ ORTUZAR es incorrecto por no recoger ningún atentado al origen y a la herencia humana, y porque el Título tiene como objetivo regular y tutelar las relaciones y actuaciones sobre el germen del ser humano y del ser humano en formación. Cfr. *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 494.

¹⁰⁰³ También VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 773, estima que la adecuación técnica es criticable y sugiere que hubiera sido más eficaz la utilización de la técnica de la ley penal en blanco de forma que se completara el objeto de la prohibición con la referencia a los Tratados internacionales.

Al margen de que la estructura del tipo penal es inadecuada por tanto que adelanta en demasía la protección del bien jurídico, ello no constituye un obstáculo para que en el marco jurídico correspondiente, el legislador intervenga y modifique la redacción de este tipo penal de manera tal que se sancione no sólo la utilización de la ingeniería genética (manipulación de genes) para la producción de “armas biológicas”, sino la utilización dirigida de cualquier otro método o técnica capaz de producir cualquier instrumento con capacidad de exterminio masivo de la especie humana, ya sea que estos sean atómicos, químicos, tóxicos, radiactivos, o biológicos, etc, reitero, sin importar si en su elaboración se emplea una cierta y determinada técnica, ya sea de ingeniería o manipulación genética, ingeniería nuclear, química, etc, lo cual indudablemente obligaría, aún más, a reubicar el tipo penal en los términos que líneas atrás propusimos.

3.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.

También aquí las opiniones en la doctrina se encuentran divididas. Mientras que para unos el artículo 160 prevé un delito de mera conducta o actividad en que el legislador refuerza la protección del bien jurídico, estimando que el tipo se agota antes de que se produzca la lesión al bien jurídico en la creación de las armas mismas¹⁰⁰⁴ o en la utilización misma de la ingeniería genética¹⁰⁰⁵ con la finalidad de producir las armas biológicas conscientes del poder lesivo para la vida humana, entendido entonces como un delito de peligro abstracto para el bien jurídico cuya ratio legis se explica en el peligro que representa para toda la humanidad la existencia misma de las armas ante la posibilidad de que se utilicen¹⁰⁰⁶, para otros es un delito de resultado que requiere que las armas deben estar producidas para llegar a su consumación¹⁰⁰⁷.

Para nosotros es claro que de la lectura de éste artículo se desprende que el tipo prevé un delito que no requiere la causación de un resultado separable espacio temporalmente de la utilización de la ingeniería genética con la finalidad específica de crear

¹⁰⁰⁴ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 129; MORILLAS CUEVA,: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 186.

¹⁰⁰⁵ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 108, quien también lo llama delito de resultado cortado; así también, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 830; RUIZ VADILLO: “Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario”, ob cit, pág. 1948; ALBERRUCHE DÍAZ: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 68.

¹⁰⁰⁶ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 673; VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 773; DE LA CUESTA ARZAMENDI: “Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 65.

¹⁰⁰⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Nuevo Código Penal Comentado*, ob cit, pág. 242.

armas biológicas¹⁰⁰⁸ - de mera actividad - y que en ningún lugar aparece indicio alguno que permita sostener la afirmación de que el tipo penal prevé un delito de resultado que requiera la efectiva producción del arma biológica.

De la misma manera, independientemente de si entendemos que un delito de peligro abstracto es un delito de mera actividad peligrosa¹⁰⁰⁹, coincidimos en que éste tipo ha sido estructurado por el legislador como un delito de peligro abstracto¹⁰¹⁰ dado que la utilización de la ingeniería genética con la finalidad ilícita que el tipo sanciona no trae aparejado, como resultado de la acción misma, una proximidad mínima de una concreta lesión al bien jurídico, es decir, la utilización de la ingeniería genética con la finalidad específica que el tipo contempla, no supone la inminente lesión al bien jurídico identificado en la supervivencia humana.

3.1.5.2) Imputación objetiva.

Sabemos de sobra que para que la conducta pueda considerarse que ha realizado la parte objetiva del tipo penal es necesario que ex ante aparezca como creadora de un riesgo típicamente relevante, o dicho de otra forma, que la conducta ha aumentado o excedido el riesgo permitido inherente a la acción misma. Y dado que en este caso nos encontramos frente a un delito de mera actividad, en el cual no hay que plantearse el problema acerca del nexo entre la conducta y el resultado, la imputación objetiva debe suponer la realización del tipo, lo cual significará que no bastará la simple realización material de la conducta sino que para poder imputarla será necesario que ex ante fuera predecible que ésta supondría la realización de la conducta típica. O lo que es igual, atendidas las circunstancias del caso, el activo del delito requiere suponer que la utilización de la ingeniería genética con la finalidad que lo motiva de producir un arma es contraria a la norma.

3.2) Tipo subjetivo.

El legislador ha establecido sólo una modalidad delictiva no previendo la imprudente, lo que ha provocado algunas críticas por parte de quienes consideran que el tipo imprudente del artículo 160, estimando como conducta negligente la liberación al medio

¹⁰⁰⁸ En ese sentido, PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 178 y ss, considera éste delito como un delito obstáculo dado que reconoce que la utilización de la ingeniería genética para la creación de armas biológicas pone en peligro la supervivencia de la especie humana.

¹⁰⁰⁹ Así RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Código Penal Comentado I*, 1977, pág. 55 y ss.

¹⁰¹⁰ De esa opinión también, LÓPEZ GARRIDO; GARCÍA ARAN: *El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador*, ob cit, pág. 99; JUNCO MANS: *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, ob cit, pág. 1003.

ambiente de organismos genéticamente modificados que puedan dañar gravemente a las poblaciones humanas, debió tipificarse¹⁰¹¹.

Sin embargo, esta crítica debe matizarse pues, desde nuestra perspectiva, es importante no desconsiderar que el tipo penal está enfocado a sancionar una determinada y exclusiva conducta o actividad - la utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas - relegando a otras disposiciones del Ordenamiento la sanción correspondiente al efecto o consecuencia futura de la utilización de las armas biológicas producidas, o al efecto identificado en la liberación, incluso involuntaria, al medio ambiente, de organismos genéticamente modificados durante su utilización confinada y que pueda suponer un peligro inmediato o diferido para la vida y la salud de los seres humanos, o para el medio ambiente¹⁰¹².

Por ello, la formulación de éste tipo penal con una estructura finalista de tipo doloso es incompatible con el tipo imprudente. Es decir, **no se puede producir un arma biológica por accidente** y, por lo tanto, no es admisible la crítica si ella se dirige hacia éste artículo.

Ahora bien, si lo que quisiéramos es sancionar, no la “producción imprudente” de un arma, sino aquella conducta que imprudentemente libere al medio ambiente organismos genéticamente modificados que pongan en peligro concreto la vida, la integridad y la salud de la especie humana, podríamos en principio coincidir en la necesidad de comprender tal imprudencia dentro del Ordenamiento punitivo español, a través quizá de la creación específica de una modalidad imprudente del tipo penal del artículo 349¹⁰¹³ del CPE, ello sin perjuicio de admitir el dolo eventual en éste mismo tipo del artículo 349¹⁰¹⁴.

3.2.1) El tipo doloso.

Al igual que en el tipo anterior, hemos de decidir si bajo la descripción que utilizó el legislador - para producir armas biológicas -, es posible identificar dentro del tipo subjetivo algún elemento subjetivo diferenciado del dolo mismo.

¹⁰¹¹ De esa opinión; LACADENA CALERO: “Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español; un comentario genético”, ob cit, pág. 211.

¹⁰¹² Cuya conducta quedaría abarcada como una infracción administrativa muy grave dentro del Capítulo VI de la Ley 15/1994 de 3 de junio.

¹⁰¹³ En sentido similar; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 178.

¹⁰¹⁴ Artículo 349 CPE: Los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial..... .

Ciertamente, la utilización de la ingeniería genética manipuladora de genes de cualquier organismo siempre perseguirá una determinada finalidad, siendo ésta la que corresponde al Derecho regular y la que define normativamente en este caso el aspecto externo de la conducta requerida por el tipo doloso.

Si ello es sí, y dado que, según concluimos, lo relevante de la conducta es la meta final de actuar bastando la realización de una conducta que persiga esa finalidad para estimarla realizada, independientemente de las consecuencias que se generen, es indudable que el tipo subjetivo en este caso requiere, para estimarse satisfecho, que el autor **quiera** manipular genes utilizando sus conocimientos en ingeniería genética **con la finalidad específica** de producir armas biológicas.

Así, si el dolo es querer y aceptar la consecución del resultado típico, es decir, querer manipular genes utilizando la ingeniería genética para crear armas biológicas, no parece que pueda conceptuarse en la finalidad de creación de armas biológicas un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo mismo¹⁰¹⁵.

Por lo tanto, tampoco es posible admitir en éste delito el dolo eventual¹⁰¹⁶, pues a diferencia de GRACIA MARTÍN, - el cual sostiene que es viable admitir que quien utiliza la ingeniería genética prevea la posibilidad de que el resultado de su actividad sea la producción de armas biológicas o exterminadoras, aunque no sea ésta su finalidad específica - nosotros seguimos insistiendo en que un arma no se puede producir accidentalmente, y que, si acaso, la admisión del dolo eventual estaría referido a que el autor prevea la posibilidad de que el resultado del uso de la ingeniería genética, aunque no tenga esa finalidad, sea la probable liberación de microorganismos modificados genéticamente al medio ambiente, conducta ésta que podría quedar abarcada o como infracción administrativa en los términos del artículo 26 de la Ley 15/1994, o por el ya citado artículo 349 del CPE, más no por éste artículo¹⁶⁰.

En otras palabras, si bien es indudable que una de las vías fundamentales de diseminación de organismos genéticamente modificados es a través del "arma biológica", también es indudable que no toda liberación de estos organismos implica el uso de un "arma".

3.3) Error de tipo.

¹⁰¹⁵ De opinión contraria, RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 678 y 679.

¹⁰¹⁶ En sentido opuesto; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 130. Con dudas sobre su admisión, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 830.

Desde nuestra perspectiva no es posible identificar la posibilidad de apreciar un error de tipo que exceptúe o suponga el desconocimiento de alguno o de todos los elementos del tipo del injusto. Y ello es así, insisto, porque el tipo penal está enfocado a sancionar una determinada y exclusiva conducta o actividad - la utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas - sin comprender el efecto futuro de la utilización de las armas biológicas producidas, traducido en la liberación al medio ambiente de organismos genéticamente modificados.

Es decir, dado que la acción típica, según concluimos, no requiere de la producción de un resultado sino que basta la existencia de una expresa finalidad que acompañe la acción ilícita del autor para realizar el tipo, lo cual implicó afirmar que no puede suponerse la producción de un arma biológica por accidente, no es posible apreciar la posibilidad de observar un error sobre el objeto, sobre el proceso causal o sobre la dirección del ataque - aberrato ictus - que exceptúe el tipo penal a través de la exclusión de dolo.

3.4) Ausencia de antijuricidad.

En principio no es posible observar dentro del artículo 20 del Código penal una causa de justificación que excluya la antijuricidad de un comportamiento típico como el consistente en utilizar las técnicas de recombinación genética del ADN para crear un arma biológica, que por definición es destructiva y lesiva para la especie humana.

Empero, podría pensarse en la posibilidad de que apareciera una causa de justificación en la hipótesis del artículo 566 en el cual se sanciona, genéricamente, la producción de un arma sin autorización de las Leyes o de la autoridad competente, lo que interpretado a contrario sensu podría dar lugar, si la producción del “arma genética” - “biológica” esta autorizada por la autoridad competente, a una causa de justificación que excluiría la antijuricidad de la conducta prohibida del sujeto que utilizare la ingeniería genética para el fin previsto por el delito del artículo 160.

3.5) Culpabilidad. Error de prohibición.

En opinión de GRACIA MARTÍN, dada la naturaleza del delito es posible plantearse cuestiones específicas de inculpabilidad y de error de prohibición. Sobre las específicas cuestiones de inculpabilidad, estima posible imaginar que sobre determinadas personas que intervienen en el proceso de la producción de armas, pueda observarse una situación de inexigibilidad de otra conducta, lo cual podría dar lugar a la aplicación de alguna causa de inculpabilidad, ya sea de estado de necesidad o de miedo.

Así mismo, sostiene la opinión de que la conducta no puede estar amparada en ningún caso por una causa de justificación, y que en el caso en que el sujeto actuase

creyendo que su actividad es acorde con el Ordenamiento jurídico será posible apreciar un error de prohibición¹⁰¹⁷.

Sobre esto último, por nuestra parte consideramos que si sería posible apreciar un error de prohibición indirecto en el caso en que el sujeto desarrollase la actividad ilícita sobre la base errónea de que la misma se encuentra debidamente justificada, es decir, en el supuesto en que crea erróneamente que existe la autorización a la que se refiere en sentido contrario el artículo 566 del mismo CPE, y que ello no sea así.

3.6) Tentativa y consumación.

Entendido entonces como un delito de mera actividad y como un delito de peligro abstracto, en que basta con comenzar a utilizar la ingeniería genética con finalidad de producir la arma a la que el tipo se refiere, y en el que no puede señalarse o distinguirse entre un momento previo o preparatorio y uno ejecutivo, cabe entonces afirmar que no es posible admitir en éste delito la tentativa¹⁰¹⁸.

Por ende, la consumación será instantánea desde el momento en que el autor hubiese llevado a cabo la realización de la conducta típica, es decir, el legislador permite la intervención penal desde el mismo momento en que de comienzo la utilización de la ingeniería genética manipuladora con la finalidad de producir un instrumento con capacidad destructiva para la especie humana. Y esto es consecuente con la conformación de un delito que busca adelantar las barreras de protección a etapas previas a la producción de la lesión al bien jurídico.

3.7) Penalidad.

El tipo prevé dos penas; una privativa de libertad y otra de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio.

La privativa de libertad, que va de tres a siete años, ciertamente parece, aún y cuando se trata de sancionar sólo los actos previos que podrían lesionar o poner en concreto peligro al bien jurídico, desproporcionada¹⁰¹⁹. Soy partidario, ante el bien jurídico en juego,

¹⁰¹⁷ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 668 y ss.

¹⁰¹⁸ Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 830. En contra, VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *"Nuevo Código Penal Comentado*, ob cit, pág. 242. Discutible, RUIZ VADILLO: *"Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario"*, ob cit, pág. 1948.

¹⁰¹⁹ Opina lo contrario GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 682.

que la pena fuera más extensa y consecuentemente más grave, en proporción igual, por lo menos, a la contemplada para la inhabilitación especial.

La pena especial de inhabilitación, que va de tres a diez años, a diferencia de la privativa de libertad, parece no sólo proporcionada sino además acertada pues, reiteramos, aún y cuando el legislador configuró un delito común y no especial¹⁰²⁰, de hecho reconoció que estas actividades se desarrollarán en el marco de un ámbito profesional y principalmente gubernamental.

3.8) Concursos.

Finalmente, de acuerdo a la interpretación antes realizada del tipo penal, se podría dar lugar a las siguientes situaciones:

Si se utiliza la ingeniería genética con fines de producir un arma biológica empleando genes humanos, modificándolos, no habrá posibilidad de estimar un concurso entre el delito del artículo 159 y éste artículo 160, pues cuando dicha manipulación de genes humanos no se realiza en un ser humano o sobre un ser humano, según concluimos, carece de trascendencia típica, por lo que sólo habrá lugar, en su caso, a un delito consumado de utilización de la ingeniería genética con finalidad de producir armas biológicas¹⁰²¹.

Si se utiliza la ingeniería genética para producir un arma biológica y ésta se produce, el autor podría incurrir en un concurso ideal entre éste delito y el delito de tenencia de armas prohibidas, previsto por el artículo 563 del CPE.

Si además de ello, el arma biológica producida a través de la ingeniería genética se comercializa existirá un concurso ideal entre el delito analizado previsto por el artículo 160 y el previsto en el artículo 566, ambos del CPE vigente.

Por último, si el arma producida se emplea “con ocasión de un conflicto armado”, tal situación daría lugar a un concurso entre el delito del artículo 160 y el artículo 610.

4. El tipo de fecundación de óvulos humanos con fin distinto a la procreación. Artículo 161.1. Análisis.

¹⁰²⁰ Cuyas conveniencia y oportunidad se explica, a nuestro entender, en las mismas razones expuestas en el análisis del delito del artículo 159.

¹⁰²¹ En contra, MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 186, para quien estaremos frente a un concurso aparente de normas con aplicación preferente del artículo 160 por ser más especial que el del artículo 159.

Art 161.1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo publico, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

4.1) Tipo objetivo.

4.1.1) El bien jurídico protegido.

Incuestionablemente, la determinación de cuál es el bien jurídico en este delito en particular requiere recordar y retomar las diversas posiciones doctrinales y legales analizadas durante la investigación en cuanto a la naturaleza biológico jurídica del embrión humano no anidado.

Por tanto, invoquemos muy brevemente las conclusiones a las que arribamos ya en la primera parte del trabajo y que han sido resultado tanto del análisis de las diversas posiciones biológicas, médicas y jurídicas acerca de la naturaleza del embrión preimplantatorio, cuanto del análisis de aquellas disposiciones del marco legal que en España regulan las intervenciones, experimentaciones y demás actuaciones sobre los preembriones, embriones y fetos, y que delimitan las conductas prohibidas por la norma administrativa que no quedan abarcadas por éste tipo penal, así como aquellas que si lo hacen.

En efecto, recordemos que en el conjunto normativo español se contienen disposiciones administrativas que, por un lado, facultan la investigación, experimentación o instrumentalización del embrión humano preimplantatorio, mientras que por el otro se contienen otras que limitan y prohíben, en el mismo ámbito administrativo, no sólo esa misma investigación, experimentación e instrumentalización sino, antes aún, su creación misma para cualquier fin que no sea la reproducción humana¹⁰²².

Así, apareció en la doctrina una reiterada posición que considera que el bien jurídico protegido en las diversas disposiciones, incluido el tipo penal que se analiza, podría ser reconocido en la vida y dignidad humana del futuro ser - persona; no obstante según afirmábamos, ello no pareció correcto en este caso pues, entre otras de las razones que expusimos, si la protección jurídica del embrión preimplantatorio se deduce en cuanto al futuro ser humano sobre el cual se manifestarán tales acciones, ni la prohibición de la creación de estos embriones cuando no se tenga por finalidad la procreación humana, ello es, en tanto no se transfieran al útero de una mujer, ni los límites a la intervención y

¹⁰²² Artículo 3º de la LTRA.

experimentación respecto de aquellos embriones que, inclusive, irremediablemente tendrán que ser destruidos¹⁰²³, se justificaría.

Y ello es así aún y cuando se planteé que la razón de la prohibición penal del tipo que analizamos se encuentra en la finalidad de establecer una barrera de contención para prevenir el nacimiento de seres humanos manipulados, configurado como un delito de peligro abstracto que tutele como bien jurídico la vida y la dignidad de la futura persona concretada en la intangibilidad e identidad del patrimonio genético pues, como hemos ya visto y como más adelante reiteraremos, precisamente ese bien jurídico frente a estas particulares conductas ha quedado ya específicamente protegido por el artículo 159 del mismo CPE.

Para nosotros, ya lo dijimos antes, el hecho de que el legislador se haya concretado a sancionar por la vía del Derecho penal la creación de preembriones humanos sin valorar o estimar que el posterior uso instrumental de los mismos merece el mismo grado o naturaleza de tutela, protegiéndolo a través de diversas infracciones administrativas que contienen una serie de limitaciones que impiden el uso indiscriminado de esos embriones preimplantatorios humanos - vivos y viables - es un indicativo claro de la falta de sistematización y respeto a los principios básicos del Derecho penal así como de la ausencia de una oportuna discusión político criminal que en la formulación de la protección del preembrión humano existió, pues si crear un embrión sin finalidad procreativa es una conducta ilícita que merece el reproche penal por tanto que ello constituye un riesgo para su vida, la ausencia de regulación penal una vez creado, incluso con intención procreativa, de aquellas acciones que busquen lesionarlo, traficarlo, comercializarlo, destruirlo, ocultarlo, transferirlo al útero una vez que ha sido objeto de investigación o experimentación¹⁰²⁴, o de darle un destino diferente al de la procreación, es una indudable prueba que acusa la ligereza del legislador.

Por lo tanto, el hecho de que el legislador haya sancionado penalmente la creación de embriones sin fines procreativos, pero que al mismo tiempo una vez creados se haya desentendido del uso que se les de¹⁰²⁵, no configurando en ello un bien jurídico digno

¹⁰²³ Según se desprende del artículo 11.3 de la LTRA que establece que los preembriones sobrantes de una fecundación in vitro se crioconservarán en los Bancos autorizados por un periodo máximo de cinco años.

¹⁰²⁴ Para BENÍTEZ ORTUZAR, en este caso particular se da una inversión valorativa preocupante, ya que si se emplean gametos humanos sobre los que se haya experimentado y se utilizan en una fecundación con fines procreativos, la conducta sólo quedará abarcada y sancionada por la norma administrativa, mientras que en el caso de que la fecundación de dichos gametos "alterados" no se utilicen más que para fines experimentales, lo que evidencia aparentemente una menor lesividad, la conducta sería constitutiva del tipo penal del artículo 161.1.

¹⁰²⁵ Por ejemplo, la utilización de los preembriones con cualquier fin distinto a la procreación, como por ejemplo; para obtener muestras utilizables (artículo 20.2. B) d), comerciar con ellos (artículo

de protección penal, no quiere decir que *el objeto de protección de las disposiciones administrativas* que sancionan el uso e instrumentalización del ser humano en formación **no sea la vida del embrión humano preimplantatorio**, o que el *objeto de protección* como bien jurídico *del tipo penal* no pueda encontrarse en **la vida del preembrión** mismo¹⁰²⁶, sino tan sólo evidencia la falta de una verdadera reflexión acerca de los criterios que debieron orientar la selección y criminalización de las acciones cuando el legislador elevó a la tutela máxima del Derecho penal, y ejemplifica la contradicción tantas veces destacada respecto de la posición del Ordenamiento legal español, pues si el legislador en principio entendió que los preembiones en si mismos no configuran un bien digno de protección jurídico **penal**, “peca de incoherente al prohibir su generación en laboratorio para fines distintos de los de la procreación”¹⁰²⁷; o al prohibir su experimentación o investigación una vez creados - incluso sin esa finalidad.

No obstante, independientemente de que se considere o no necesario tutelar la vida del preembrión a través del Derecho penal, es indudable que de lege lata la prohibición de crear embriones con cualquier finalidad que no sea la reproductiva in útero obedece al reconocimiento y protección del embrión preimplantatorio por parte del legislador en cuanto vida humana¹⁰²⁸, buscándose evitar así, penalmente, la cosificación y mercantilización de la vida humana encarnada en el embrión preimplantatorio¹⁰²⁹, lo cual nos lleva a concluir que ***el bien jurídico protegido del tipo penal es el embrión humano no anidado en cuanto vida humana***¹⁰³⁰ - ***ser vivo de la especie humana*** en si mismo considerado¹⁰³¹.

20.2.B) e), utilizarlos a ellos o sus células con fines industriales (artículo 20.2.B) f) o cosméticos o semejantes (artículo 20.2.B) g), sólo constituyen, en los términos citados, infracciones administrativas.

¹⁰²⁶ Para MARIS MARTÍNEZ: “La genética en el ámbito de la ley española”, ob cit, pág. 159, esto constituye un vacío normativo cuya razón se encuentra en razones de política criminal, pues desde su punto el legislador quiso evitar incursionar en la problemática relativa al momento en el cual comienza la existencia de la persona humana.

¹⁰²⁷ Ibídem, pág. 164.

¹⁰²⁸ Considerando la STC de 11 de abril de 1985 y los criterios biológicos sobre la incertidumbre acerca de la individualidad del embrión antes del catorceavo día, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 467, se opone a ello pues hasta en tanto el embrión no se transfiera al útero no considera que comienza la fase de protección de la vida humana.

¹⁰²⁹ En esa dirección ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 177, quien concluye ello sin perjuicio de reconocer que este delito constituye también un procedimiento preventivo de algunas conductas prohibidas en otros delitos del mismo Título. Es decir, la prohibición incorporada por el legislador al CPE es entendida por el profesor Casabona como una medida que ahora va más allá de la prevención del nacimiento de seres humanos manipulados, como una medida de protección directa del preembrión.

¹⁰³⁰ De la misma opinión, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131. En contra, GONZÁLEZ CUSSAC: “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”, ob cit, pág. 75; también en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 831, para quien el bien

Obviamente, esta aserción no es compartida por la doctrina, pues hay quienes entienden que el bien jurídico del tipo penal lo constituye el interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a límites precisos que permitan contener los riesgos que pueda desencadenar las citadas prácticas para la pluralidad de bienes jurídicos y derechos individuales y colectivos que puedan ser afectados por los resultados de aquellas prácticas¹⁰³²; la dignidad humana comunitaria vertebrada desde el mismo origen de la especie humana¹⁰³³; la dignidad del hombre y de su especie así como la esperanza de vida centrada en un óvulo fecundado¹⁰³⁴; en el derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano¹⁰³⁵, concretado en la vida prenatal¹⁰³⁶ o a partir de los atributos constitucionales de la persona¹⁰³⁷, y a la identidad e irrepetibilidad genética, ello es, a no ser producto de un patrón genético artificial¹⁰³⁸.

No obstante, bajo nuestro prisma, las posiciones anteriores no resultan del todo convincentes.

En primer lugar, en cuanto a lo señalado por GRACIA MARTÍN cabe oponerse pues, si bien las técnicas de reproducción asistida, entre ellas aquellas que requieren de la fecundación de un óvulo (FIV, FIVTE, TIG) tienen indudables vinculaciones jurídicas con bienes jurídicos y derechos individuales de otra índole, como el derecho al reconocimiento a la paternidad o el estado civil de las personas, nada tienen que decir esos derechos supuestamente amenazados con la posibilidad de que una vida humana sea creada para no desarrollarse y consecuentemente destruirse. Es decir, si bien en algunas circunstancias esos derechos podrían llegar a comprometerse mediante los procedimientos de reproducción asistida, no se entiende como se evitan a través de una prohibición que simplemente se

jurídico es la protección de la vida prenatal, lo que significa que al embrión no se le protege en sí mismo sino únicamente cuando su destrucción afecta a otros intereses que lo trascienden, y más exactamente, el derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético y a la identidad e irrepetibilidad del ser humano.

¹⁰³¹ Consecuentemente, no basta decir que dicho bien jurídico es el preembrión en sí mismo sin hacer referencia al derecho que éste incorpora, posee o expresa.

¹⁰³² GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 685.

¹⁰³³ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 467.

¹⁰³⁴ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109

¹⁰³⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, pág. 456.

¹⁰³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC: "Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española", ob cit pág. 75 y ss.

¹⁰³⁷ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 773 y ss.

¹⁰³⁸ RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1949.

refiere a la sanción de la fecundación de óvulos con fines distintos de la procreación humana¹⁰³⁹.

En segundo lugar, lo señalado por BENÍTEZ ORTUZAR obedece a que desde su punto de vista, no puede ser la vida el bien jurídico que el tipo penal protege debido al momento que el legislador ha elegido para la intervención penal, pues si hasta en tanto que el óvulo fecundado no haya sido transferido o se haya implantado no comienza la tutela penal de la vida, con mayor razón, afirma, no puede ser la vida de la futura persona lo que se protege, la cual además no existe ni como simple esperanza de vida, ya que no va a nacer, configurando por tanto el bien jurídico en la dignidad humana comunitaria. Sin embargo, si bien es cierto que para efectos del delito de aborto la protección penal del embrión preimplantatorio in vivo o in útero comienza hasta que se verifica la implantación, ello no implica "*per se*" que, frente a otros supuestos ajenos al aborto, dada la vulnerabilidad de esa realidad humana, el Derecho no pueda tutelarlos directamente para proteger la vida biológica que indudablemente existe, al margen de los otros derechos que también de él puedan desprenderse¹⁰⁴⁰.

En tercer lugar, en cuanto a lo señalado por CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ Y ENRIQUE RUIZ VADILLO en el sentido de que el bien jurídico debe encontrarse en el derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano, (SUÁREZ CARLOS) concretado en la vida prenatal (GONZÁLEZ CUSSAC) o a partir de los atributos constitucionales de la persona (VALLE MUÑIZ) y/o a la identidad e irrepetibilidad genética, ello es, a no ser producto de un patrón genético artificial (RUIZ VADILLO) debe precisarse lo siguiente.

Ninguno de los autores explica cómo es que el bien jurídico que ellos identifican se compromete a través de la acción típica descrita de fecundar óvulos humanos con finalidad distinta de la procreación. Es decir, no es posible pasar por alto que la fecundación de un óvulo humano sin finalidad reproductiva no implica "*per se*" una alteración al contenido genético del mismo embrión, ser humano, y con ello una lesión al bien jurídico incardinado en el derecho a la inalterabilidad, intangibilidad e identidad del patrimonio genético humano que los autores proponen y que sin duda ya se encuentra protegido por el tipo del artículo 159 del CPE.

¹⁰³⁹ Por lo tanto, para PAULINA SILVA, la opinión de GRACIA MARTÍN podría aceptarse en la medida en la que ello se considere la ratio legis del precepto más no como el bien jurídico. Cfr: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 320.

¹⁰⁴⁰ Adicionalmente, no debe dejar de señalarse que la configuración de un bien jurídico como el propuesto, "la dignidad comunitaria", desde nuestro punto de vista, carece de la necesaria concreción o delimitación que los principios jurídico penales exigen.

En realidad, estimo que esa concreción, errónea desde mi punto de vista, se ha debido a que indudablemente uno de los pasos previos para la afección del bien jurídico que los autores han destacado es la actuación con gametos previa la fecundación o la fecundación de óvulos para que a partir de ello se pueda alterar el patrimonio genético humano actuado sobre el preembrión humano; no obstante, no tener esto último presente, es decir, que la fecundación de óvulos constituye uno de los pasos necesarios para la modificación posterior de las características genéticas de los seres humanos, condiciona no sólo que se estime que la conducta misma de fecundación de óvulos lesiona un bien jurídico distinto al efectivamente protegido, sino que además provoca que incluso algunos consideren que en realidad el legislador ha adelantado de manera desmesurada la barrera de protección penal, creando con esta figura típica un delito obstáculo frente a una conducta que no muestra un grado de ofensividad mínimo contra el bien jurídico presumiblemente protegido y que identifican sin razón, reitero, en la intangibilidad del patrimonio genético¹⁰⁴¹.

En otras palabras, dicha posición no separa o distingue entre un momento previo - la fecundación de óvulos - y uno posterior que es la utilización ilegal de ellos, distinción misma que el propio legislador realizó cuando, por un lado, había considerado infracción muy grave la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, mientras que por el otro lado, dentro del mismo ámbito de aplicación y dentro del mismo cuerpo normativo, también consideró infracción muy grave los supuestos de utilización ilegal de embriones humanos.

Por ello, insisto en la imposibilidad de sostener que el bien jurídico protegido se encuentre en la intangibilidad o inalterabilidad del patrimonio genético humano y/o en la identidad genética del ser humano, sino más bien que la figura típica de fecundación de un óvulo sin finalidad procreativa busca evitar y sancionar la eliminación de una vida humana así generada como consecuencia de la privación anticipada de aquellas condiciones necesarias, específicas y naturales requeridas para conservar la vida y su desarrollo futuro¹⁰⁴², y que se encontrarán dentro de un útero materno¹⁰⁴³.

4.1.2) El objeto material y la conducta típica.

¹⁰⁴¹ Por ejemplo; VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 773 y ss.

¹⁰⁴² En sentido parecido, el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 221, señala que el tipo penal pretende evitar una cosificación y mercantilización de formas de vida humana, y por tanto, que el bien jurídico no es el óvulo humano sino el embrión en sí mismo.

¹⁰⁴³ Así entonces, para PAULINA SILVA el artículo 161.1 simplemente pretende evitar que se creen embriones sin otra finalidad que su destrucción, ya sea porque se los empleará para usos industriales, comerciales, etc, o bien porque se los utilizará en la investigación y en la experimentación. Por tanto, sin perjuicio de que en la ratio legis del legislador haya estado presente la prevención de una serie de desviaciones no deseables de las biotecnologías, afirma que, de lege lata, el artículo 161.1 del CPE protege directamente al preembrión a través de la tipificación de un delito de peligro concreto contra su vida. Ver: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 316 - 325.

En estricto sentido, la descripción típica nos obliga a señalar que el objeto material del delito es el óvulo humano sobre el que se practica ilícitamente la técnica de fecundación concreta¹⁰⁴⁴.

Sin embargo, según se observa, en virtud de que el tipo penal nada dice acerca del gameto masculino que podría utilizarse para fecundar el óvulo humano, requerimos desprender a través del análisis de las disposiciones reguladoras en el ámbito administrativo y a partir del bien jurídico que hemos considerado el tipo protege, si éste ha de ser en exclusiva un gameto - espermatozoide - humano, y/o si en realidad el tipo también incluye la creación de híbridos a través de la fecundación del óvulo humano con espermatozoides animales.

Mientras tanto, dada la redacción del tipo, nadie pone en duda que la conducta debe proyectarse sobre un óvulo humano, por lo que es posible afirmar que en la hipótesis de creación de un híbrido a partir de la fecundación de un óvulo animal con gametos masculinos humanos (esperma humano) el tipo penal no se satisfará¹⁰⁴⁵ sino que sólo estaremos en presencia del ilícito administrativo previsto por el artículo 20.2.b).r) de la LTRA¹⁰⁴⁶.

Luego entonces, ¿sólo puede ser objeto material de la conducta del tipo penal el gameto masculino humano, o puede serlo también un no humano?

En principio, parecería que si el bien jurídico protegido es la vida humana del preembrión humano, que el gameto masculino que fecundase al óvulo tendría que ser también humano, por tanto que sólo así podría generarse un preembrión humano cuyo bien jurídico el tipo penal protege. En otras palabras, este primer razonamiento apunta hacia la consideración de que un embrión humano sólo puede ser ello si ambos gametos, óvulo y esperma - son humanos.

En ese mismo orden de ideas, citando a PAULINA SILVA, también el hecho de que el legislador haya tenido la opción de configurar este tipo delictivo a través de la terminología o expresión que utilizara el Informe Palacios o las recomendaciones 1046/1986 y 1100/1989, o

¹⁰⁴⁴ Sin embargo, BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO en: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, "Delitos relativos a la reproducción asistida" Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comenares, 1998, pág. 221, estima que además del óvulo de la mujer, el objeto material también será los gametos utilizados para la fecundación con finalidad distinta a la procreación.

¹⁰⁴⁵ Situación que para LACADENA CALERO resulta inentendible, considerando éste autor que esta conducta debió incorporarse dentro del Título de los delitos de manipulación genética del CPE. Cfr: "Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español; un comentario genético", ob cit, pág. 212.

¹⁰⁴⁶ A excepción inclusive del test de Hámster.

el Convenio sobre los Derechos Humanos y la biomedicina del Consejo de Europa, (los cuales en lugar de señalar que la conducta consiste en “fecundar óvulos con fines ajenos a la procreación”, han señalado que la conducta habría de consistir en la prohibición de “crear embriones humanos exclusivamente para la investigación”), y no lo haya hecho así, representa un indicio “ante la falta de argumentos para afirmar que el empleo de estas dos fórmulas distintas contengan supuestos distintos”, que la creación de embriones humanos deriva en la necesaria exigencia de que ambos gametos sean de naturaleza humana como única vía para que el embrión resultante sea humano¹⁰⁴⁷.

No obstante, esto último es discutible pues también podría decirse que el legislador ha utilizado precisamente ésta fórmula - fecundación de óvulos humanos - y no la otra - creación de embriones humanos - para indicarnos que, precisamente, el tipo penal debe comprender tanto la creación de embriones humanos cuanto la creación de híbridos.

Sin embargo a ello se opondría el argumento de que entonces el tipo penal ya no estaría protegiendo la vida del preembrión humano sino al óvulo humano en si mismo, conclusión que, además de ser contrario a la ratio legis del tipo penal y a su bien jurídico, sería absolutamente incompatible, esto es, no se compadecería con el contexto de las leyes administrativas que regulan la intervención y experimentación, prácticamente permitida con la única restricción de que no se utilicen precisamente para la fecundación, de los gametos humanos.

Ahora bien, independientemente de la valoración que se de a los argumentos antes esgrimidos, nosotros consideramos que es posible arribar también a la conclusión de que de lege lata, aún y cuando no lo haya señalado el legislador, los gametos - espermios que tendrían que utilizarse para colmar los extremos típicos de esta figura delictiva tendrían que ser humanos, pues simple y sencillamente, como ya se dijo infra, si de manera expresa el legislador decidió que la conducta consistente en la creación de un híbrido hombre - animal a partir de un óvulo animal y esperma humano permaneciera en el ámbito del Derecho administrativo, no encuentro razón para suponer que la misma conducta - creación de un híbrido hombre animal - a partir de un esperma animal y un óvulo humano requiera un tratamiento jurídico distinto.

¹⁰⁴⁷ Por ello, para esta autora, aún a pesar de lo grave que le pueda parecer esa conducta, la fecundación de un óvulo humano con gametos animales no atenta contra la vida del embrión preimplantatorio humano por tanto que la utilización y fecundación de dicho óvulo humano con un espermio animal no habrá de significar la destrucción de un embrión humano al cual se le niega toda posibilidad de desarrollo, sino que solamente significa que **a ese óvulo se le ha negado la posibilidad de convertirse en un embrión humano**. Cfr. *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 339.

E inclusive, a mayor redundancia, no puede desconocerse, como destacamos en la primera parte, que todo este Título V del Libro II del CPE, incluido obviamente el artículo 161.1 proviene de los capítulos correspondientes a las sanciones e infracciones administrativas que en las leyes de 1988 se preveían, de manera tal que la simple lectura de lo que en su momento fueron los incisos a), q) y r) del artículo 20.2.B de la LTRA son muestra indubitable que desde un principio el legislador había previsto sancionar por separado la conducta consistente en la fecundación de óvulos con finalidad distinta a la procreación (artículo 20.2.B) a) LTRA) de la conducta consistente en el intercambio genético humano con otras especies (artículo 20.2.B) q) LTRA) y de la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas, así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas (artículo 20.2.B) r) LTRA).

Es decir, en síntesis, si el legislador expresamente separó desde el ámbito administrativo la acción e infracción de fecundar óvulos humanos sin fin reproductivo de la acción e infracción de producción de híbridos, es porque ambas las consideró supuestos diferentes¹⁰⁴⁸.

Y si aunado a ello consideramos que posteriormente el legislador realizó una nueva y específica distinción al recoger como tipo penal sólo una de las hipótesis contempladas en el catálogo de infracciones administrativas del artículo 20.2.B) de la LTRA, - fecundar óvulos humanos con finalidad distinta de la procreación - mientras que las otras no sólo permanecieron en ese ámbito sino que además sufrieron (una de ellas) una modificación - adición - que, específicamente, se refiere a la fecundación entre gametos animales y humanos, sin realizar mención o distinción alguna entre ellos, es claro entonces que la voluntad del legislador fue la de no contemplar los supuestos de hibridación en el ámbito penal, lo que, en resumen significa, que el objeto material de este delito sólo podrán ser gametos - femeninos y masculinos - humanos.

Por otro lado, en relación a la conducta típica del delito en estudio, hemos detectado como particularidad que cuando se hace referencia a ella se utilizan generalmente distintas expresiones, términos o frases como; la acción consiste en "la **utilización** de un óvulo *fecundado* para un fin distinto a la procreación humana"¹⁰⁴⁹, la conducta típica consiste en la obtención de embriones humanos, con independencia de su viabilidad¹⁰⁵⁰, cuando en

¹⁰⁴⁸ También de esta opinión, SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 336 - 341.

¹⁰⁴⁹ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 129. Por ende, afirma que lo prohibido por el tipo penal será la ectogénesis o creación de un ser humano en laboratorio.

¹⁰⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 53 y ss.

realidad la conducta consiste en **fecundar**¹⁰⁵¹ óvulos con espermatozoides humanos a través de la aplicación o puesta en marcha de alguna (cualquiera) de las técnicas o procedimientos de reproducción asistida mencionados por la LTRA, con la finalidad de generar un preembrión al que no se le brindará la posibilidad de desarrollar, en las condiciones necesarias e imprescindibles, su vida así generada.

Sobre esto último, CARLOS SUÁREZ se pronuncia en contra en tanto que para él, de la dicción típica se infiere que el comportamiento también se proyecta sobre las fecundaciones in vivo, ello es, sin la aplicación de una técnica de reproducción asistida. Es decir, para ese autor el tipo abarcaría el caso hipotético de que la fecundación se realice vía coito natural y, antes de que tenga lugar la anidación (pues ya estaríamos en presencia de un aborto) se obtenga el embrión, todo ello sin finalidad reproductiva¹⁰⁵².

No obstante, ello ha de rechazarse pues el autor pasa por alto que un embrión generado in vivo, antes de la nidación en el útero materno, se tendría que obtener a través de un lavado uterino, y que esa conducta se encuentra, según vimos ya, específicamente contemplada como infracción administrativa muy grave en el apartado b) del artículo 20.2.B) de la LTRA¹⁰⁵³, lo que constituye un claro indicativo del ámbito seleccionado por el legislador para la correspondiente valoración del desvalor de dicha acción¹⁰⁵⁴.

Por tanto, debe distinguirse entre la fecundación de un óvulo humano como la acción típica y la creación de un preembrión como el resultado de la acción¹⁰⁵⁵ y no la conducta misma¹⁰⁵⁶ que se dará cuando el proceso biológico iniciado con la acción de fecundar haya **fusionado** los núcleos de los gametos¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵¹ Son también de esa opinión, DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 67; ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 177.

¹⁰⁵² Cfr; SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 456. También se ha pronunciado en la misma dirección el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 222.

¹⁰⁵³ Y cuya ratio legis podría identificarse en la protección de la gestación o embarazo, y no específicamente en la protección del preembrión generado in vivo.

¹⁰⁵⁴ Además de ello, como lo menciona SILVA SALCEDO, aceptar esa interpretación nos llevaría a afirmar la tipicidad de la conducta en el caso en que la mujer que teniendo un dispositivo intrauterino, mantiene relaciones sexuales vaginales durante su periodo fértil, dado que el dispositivo es precisamente prueba de que la fecundación in vivo no se ha llevado a cabo con fines procreativos.

¹⁰⁵⁵ Lo que significa, insisto, que no sólo la "fecundación in vitro" está abarcada por el tipo penal, sino también la misma inseminación asistida o la transferencia intratubárica de gametos, en las cuales la fusión de los gametos humanos es consecuencia de la acción de fecundar realizada de manera indirecta.

¹⁰⁵⁶ También lo entiende así RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109, para quien el verbo *fecundar* es resultativo al exigir que el óvulo y el espermatozoide generen el embrión

Por otra parte, BENITEZ ORTUZAR estima que podrían incluirse dentro de la conducta típica aquellas actuaciones sobre los gametos previas a la fecundación que imposibiliten, tras la fecundación, el normal desarrollo reproductivo del preembrión dentro o fuera del útero¹⁰⁵⁸, interpretando así que la fecundación se produce sin finalidad reproductiva. Es decir, según este punto de vista, una acción dirigida a estropear o producir la inviabilidad del gameto para realizar posteriormente una fecundación que, necesariamente y a sabiendas, generará un preembrión no viable, es una conducta que quedaría abarcada por los extremos del tipo penal que estudiamos¹⁰⁵⁹.

Ello nos lleva invariablemente a reflexionar si resultará o no necesario para la debida adecuación de la conducta a la estructura del tipo, que el autor de la acción tenga conocimiento previo de que su conducta se proyecta sobre gametos viables, y si será o no trascendente, para los mismos efectos de tipicidad, si el preembrión generado resulta o no viable¹⁰⁶⁰.

En otras palabras, debemos responder si el tipo requiere que los gametos utilizados para realizar las técnicas de reproducción asistida posean como atributos o características mínimas, la viabilidad.

Así por ejemplo, para PAULINA SILVA la prohibición contenida en el tipo penal no incluye la creación intencionada de preembriones no viables a través de la fecundación de un óvulo o gameto masculino no viable, recurriendo para ello a la siguiente línea de argumentación.

humano. En contra, DE LA CUESTA AGUADO, MARÍA DE LA PAZ, en; *“La reproducción asistida humana sin consentimiento, Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal*, tirant lo blanch, Valencia 1999, pág. 80, para quien fecundar es un verbo que describe la acción típica de éste artículo 161.1 aunque también reconoce que a su vez es el resultado de la acción.

¹⁰⁵⁷ En éste sentido, destaco la afirmación de Juan Ramón Lacadena, para quien la fecundación termina, con mucho, cuando están formados los dos pronúcleos en el cigoto y han replicado ya su ADN, quedando preparados para iniciar el proceso mitótico. “Incluso se ha comprobado que aún y cuando la activación del genoma del embrión parece ocurrir durante los estadios de 4 a 8 células, se ha demostrado experimentalmente la expresión de algún gen concreto ya en el mismo estadio de dos pronúcleos”. Cfr: “Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, ob cit, pág. 152.

¹⁰⁵⁸ Ver, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 470.

¹⁰⁵⁹ Pero, insisto, ello sólo será así en la medida en la que la fecundación con esos gametos se lleve a cabo.

¹⁰⁶⁰ Lo primero será respondido en éste momento, mientras que lo segundo cuando nos ocupemos del estudio del resultado típico del delito.

En primer lugar destaca que dentro del catálogo de ilícitos administrativos se encuentra prevista (artículo 20.2.B).i) como infracción muy grave **la transferencia al útero de gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad**, misma que permaneció intacta a pesar de la promulgación del CPE, lo cual a ella le indica que la fecundación de gametos humanos no viables, que inexorablemente tiene como resultado un embrión no viable para su transferencia al útero de la mujer, podría constituir el iter criminis de la infracción administrativa. "En otros términos, resultaría contradictorio exigir que la fecundación de gametos no viables se lleve a cabo con fines procreativos para evitar la sanción prevista en el artículo 161.1 del CPE, si con ello, por otra parte, se podría incurrir en una sanción administrativa. De este modo..... lo más coherente sería exigir que la conducta del artículo 161.1 del CPE sólo comprendiese la fecundación de gametos viables, porque de otro modo deberíamos concluir que la fecundación de gametos no viables es siempre contraria a Derecho, sea con fines procreativos o sin ellos y, ciertamente, no parecería ser esta la intención del legislador"¹⁰⁶¹.

En segundo lugar, trasladando las conclusiones de la STC 212/1996 a través de las cuales el TC realizó una graduación de la protección jurídica respecto de los embriones y fetos vivos viables de los no viables, considera que esta graduación en la tutela jurídica también debe aplicarse a los preembriones humanos, pues de lo contrario la protección penal de los preembriones no viables resultaría contradictoria y desmesurada en relación con la protección que se ofrece a los embriones y fetos no viables. Además, concluye, si lo protegido es la vida del embrión humano preimplantatorio, ésta no se encuentra comprometida cuando se emplean gametos no viables, pues lejos de encontrarnos en presencia de vida humana a la que se le frustran sus expectativas de desarrollo desde el momento mismo de la fecundación, estamos, dice la autora, en presencia de un supuesto en el que nunca existió un potencial desarrollo humano que eventualmente se pudiera frustrar¹⁰⁶².

Sobre esta argumentación es necesario precisar lo siguiente.

En primer término considero que el argumento referido a la contradicción que destaca entre el artículo 161.1 del CPE y el inciso i) del artículo 20.2.B) de la LTRA esta invertido, pues cuando afirma que si para exceptuar la tipicidad del artículo 161.1 será necesario que el autor fecunde un óvulo no viable o con gametos no viables pero con una finalidad (intención) de procreación, está sencillamente formulando una hipótesis que en

¹⁰⁶¹ SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 342-344. De esa forma, entiende que en virtud de que en el contexto de la Ley se aprecia una diferencia valorativa entre embriones viables y no viables, y en virtud de que el DP está destinado a la protección de aquellos bienes jurídicos más importantes, el tipo debe circunscribirse a sancionar exclusivamente la fecundación de gametos viables con finalidad distinta a la procreación humana.

¹⁰⁶² *Ibidem*, pág. 346 - 348.

realidad es inexistente, pues si ex ante se sabe que el o los gametos humanos no son viables, es obvio que se está realizando una fecundación de un óvulo sin finalidad de procreación que, en principio, no evita la adecuación de esa conducta al tipo del artículo 161.1.

Por lo tanto, fecundar un óvulo humano con gametos humanos no viables sería, en principio, una conducta típica penalmente y, sólo en el caso de que el embrión así creado se transfiera al útero de una mujer, la conducta quedaría abarcada también por la infracción administrativa¹⁰⁶³.

Es decir, si bien el empleo de un óvulo humano no viable para la fecundación puede llegar a ser el iter criminis de la conducta sancionada por la infracción administrativa, no es menos cierto que cuando no lo sea, la creación de un embrión a partir de gametos no viables es una conducta cuyo desvalor habría que seguir apreciando de manera autónoma e independiente.

Empero, PAULINA SILVA se opone a ello ya que considera que en realidad la acción realizada sobre un gameto no viable no puede considerarse como peligrosa para el bien jurídico en tanto que no ha creado una situación de peligro - desvalor del resultado - que identifica en la creación de un preembrión sin posibilidades de desarrollarse. En otras palabras, le parece difícil apreciar un peligro para el bien jurídico - vida del preembrión - si el resultado de la acción ha sido sólo la creación de un preembrión no viable, ya que precisamente ello significa que carece de la capacidad para llegar a tener una vida independiente¹⁰⁶⁴.

Lo anterior cabría refutarse si se considera que la vida y viabilidad son cosas distintas, de forma tal que si el bien jurídico apreciado es la vida misma del preembrión, esa falta de viabilidad que derivará en su incapacidad para llegar a ser vida independiente, aún y cuando permita normativamente un cúmulo de actuaciones meramente experimentales, en nada impediría apreciar un desvalor de resultado para el bien jurídico protegido.

No obstante, si consideramos que la falta de viabilidad es considerada como un criterio normativo de muerte, en el que la creación de un embrión no viable será equiparable a la creación de un embrión "muerto", coincidimos con la precitada autora, difícilmente podría

¹⁰⁶³ Ciertamente, sólo entonces la conducta contemplada por el inciso i) del artículo 20.2.B) de la LTRA podría hacer aparecer un concurso entre ésta infracción administrativa y el ilícito penal.

¹⁰⁶⁴ Incluso, para esta autora, la creación de un preembrión no viable a partir de gametos viables impediría considerar consumado el delito por cuanto que si bien podría apreciarse un desvalor de la acción, ciertamente esta acción no habrá conducido al desvalor del resultado. Cfr; SILVA SALCEDO, PAULINA: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 350 y 351.

apreciarse con dicha creación un peligro o lesión para la vida, inexistente, del preembrión humano.

Ahora bien, aunque íntimamente relacionado con el punto que antecede, de cualquier manera considero que la afirmación en el sentido de que la protección penal de los preembriones no viables resultaría contradictoria y desmesurada en relación con la protección que se ofrece a los embriones y fetos no viables debe matizarse, pues si bien es cierto que la STC a la que se refiere la autora asimiló para efecto de protección al embrión y feto vivo pero no viable, con el embrión o feto muerto, graduando de manera tal su protección que en función de ello se permite realizar una serie de intervenciones o experimentaciones no terapéuticas respecto del embrión, feto y, también ahora, a partir de la STC116/1999, del preembrión humano, no es menos cierto que tal afirmación ha desconocido que esa protección y graduación a la que alude el TC está referida a la actuación sobre preembriones, embriones o fetos **ya creados o existentes** y a los que ha sobrevenido una enfermedad o patología que ha ocasionado su falta de viabilidad, más no así a la creación calculada de esas mismas realidades para fines exclusivamente instrumentales¹⁰⁶⁵.

Por tanto, en realidad para poder resolver satisfactoriamente la cuestión planteada es necesario abordarla a partir del hecho de que si bien quedan fuera del alcance de ésta figura delictiva aquellas conductas que de forma asistida fusionen óvulos y espermatozoides humanos cuando, indiscutiblemente, directamente persigan¹⁰⁶⁶ y vayan dirigidas a la reproducción humana, la interrogante es si puede o no observarse en el marco normativo español alguna disposición que permita, justifique o autorice la fecundación entre gametos humanos sin finalidad procreativa.

En nuestra opinión, sólo de la lectura e interpretación del artículo 14.3 de la LTRA, el cual dispone expresamente que “los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones “con fines de procreación””, podría sugerirse que el legislador ha considerado lícito emplear gametos utilizados en la investigación o experimentación para la creación de preembriones “sin fines de procreación”.

¹⁰⁶⁵ En ese contexto, la hipótesis de la conducta consistente en *transferir* gametos humanos en el útero de cualquier especie animal, y que conlleva la *creación* de un embrión necesariamente no viable, a través de la fusión asistida in útero animal de esos gametos humanos, encuentra cabida en el tenor literal del tipo penal de este artículo 161.1 del CPE, aún a pesar de que el resultado identificado será la creación in útero animal de un preembrión, no viable, ante la incapacidad de llegar a desarrollarse hasta poder tener una vida humana independiente.

¹⁰⁶⁶ Por ello, aún y cuando para asegurar o aumentar las posibilidades de embarazo en una fertilización in vitro se requiera crear (fecundar) más embriones de los que se utilizarán e implantarán en el útero de la mujer, esta conducta queda exceptuada del tipo precisamente por la finalidad que persigue.

Es decir, aceptar como válida la conclusión que resulta de interpretar a contrario sensu la lectura del artículo 14.3 nos llevaría a la existencia de normas legales contrarias, (art 3º LTRA) y, en consecuencia, a la posibilidad de admitir bajo esa interpretación que el artículo 14.3 estaría previendo específicamente la posibilidad de utilizar un gameto humano no viable (después de la experimentación o investigación) para originar preembriones no viables, y por ello, sin fines de procreación.

Sin embargo, estimo que realizar una interpretación que concluya que la norma administrativa del artículo 14.3 interpretada a contrario sensu faculta fecundar óvulos y espermatozoides humanos con fines distintos a la procreación es equivocada y sólo se sostiene si no se procura una interpretación teleológica del Ordenamiento en su conjunto, y si se olvida que la única salvedad a la prohibición de fecundar a partir de óvulos humanos sin finalidad procreativa sólo se puede obtener a través de la autorización específica y expresa de la autoridad pública competente en los términos de la última parte del artículo 14.4 de la mencionada LTRA, y que se refiere a supuestos de hibridación que quedan al margen de los extremos de éste tipo penal¹⁰⁶⁷.

De cualquier forma, si bien no consideramos que el legislador haya permitido la fecundación de gametos humanos sin una finalidad procreativa, ello no obsta para afirmar que el hecho de que no éste permitido no implica ni significa que éste legalmente - administrativa o penalmente - sancionado o prohibido. En otras palabras, existe una laguna jurídica pues no existe consecuencia jurídica alguna en el caso de que se incumpla con la prohibición administrativa.

Consecuentemente, si el tipo penal no castiga sin más toda utilización de aquellas técnicas tendentes a fecundar óvulos humanos con gametos humanos, sino sólo cuando ésta conducta se adecua al elemento normativo - subjetivo - previsto por el tipo, y que ha de consistir en la falta de finalidad procreativa que se persigue una vez que comienza la ejecución de los actos materiales tendentes a la obtención del embrión a través de la fecundación asistida, y cuando ello sea capaz de poner en peligro o de lesionar el bien jurídico protegido, ello significará que aquella acción de fecundación realizada sobre gametos que, o bien son en si mismo inviables o en los que se ha generado dicha falta de viabilidad, no quedará abarcada por los extremos de la figura típica.

¹⁰⁶⁷ Consecuentemente, debería suprimirse del artículo 14.3 de la LTRA la expresión "con fines de procreación", para quedar en sintonía con el artículo 3º de la misma Ley. "los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones".

En conclusión, la acción típica de fecundar requiere que se de la fusión asistida de gametos humanos, o lo que es igual, que con ellos se genere un preembrión humano, y que los gametos utilizados para la realización de la acción típica sean humanos¹⁰⁶⁸, y viables.

En otro orden de ideas, aunque relacionado con el tópico que analizamos, el reciente **PRIMER INFORME SOBRE LA CLONACIÓN** ha señalado que la acción de fecundar abarca toda acción capaz de agregar una carga genética nuclear a un óvulo a partir del cual pueda multiplicarse y desarrollarse en un embrión; en otras palabras, que el tipo abarca la clonación humana no reproductiva a través de la transferencia del núcleo de un embrión o de otra célula a un óvulo humano previamente enucleado¹⁰⁶⁹.

Obviamente, no estamos de acuerdo con ello pues, si bien es cierto, como lo expondremos en su momento, que las técnicas de clonación sin finalidad procreativa darán lugar al mismo resultado que la acción de fecundación sin finalidad procreativa - creación de seres humanos - cuyo bien jurídico protegido es por tanto el mismo, no es menos cierto que el legislador quiso valorar por separado el desvalor de ambas acciones en cuales concurre un mismo resultado.

Prueba de ello es que de haber querido el legislador que el tipo penal del artículo 161.1 abarcara la hipótesis de clonación humana no reproductiva, éste lo hubiera redactado, como ya se discutió líneas atrás, describiendo sólo el resultado típico - creación de embriones o seres humanos - sin hacer referencia a la particular acción de fecundar; aunado a ello, no puede desconocerse que ambas figuras penales parten del mismo marco administrativo en el cual el legislador, desde siempre, distinguió y separó la creación de seres humanos por medio de la acción de fecundar, de la creación de seres humanos por medio de las técnicas de clonación e incluso de partenogénesis.

Por tanto, la imputación objetiva del hecho o de la acción, que exige la comprobación de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que ese riesgo se realice en el resultado, se entenderá satisfecha y realizadora de la parte objetiva del tipo en el caso en que desde el momento mismo de la acción, la misma fecundación del óvulo humano aparezca como creadora del riesgo que la norma desaprueba al revelar externamente que su objetivo fundamental es la búsqueda de la lesión del bien jurídico.

Es decir, para la debida imputación del tipo penal que comentamos será necesario que la conducta del activo sea objetivamente peligrosa para el bien jurídico tutelado, lo que

¹⁰⁶⁸ El *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 222, sostiene una opinión contraria pues considera que la hipótesis del desarrollo de un híbrido si se incluiría en el tipo penal, ya que no existiría el fin de la procreación humana.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, pág. 220 y 221,

traducido a éste análisis significa que más allá del nexo casual requerido entre la acción de fecundar y la fusión de los gametos y/o creación de un embrión humano, debe existir la consecuente relación de riesgo, ello es, que la conducta de fecundación de óvulos humanos sin finalidad procreativa suponga la realización del riesgo en tanto que la afección de la vida así generada, y protegida, será directamente atribuible al riesgo generado por la conducta misma.

4.1.3) Sujeto activo.

Siguiendo la misma línea que en todos los delitos que conforman éste capítulo así como el de las lesiones al feto, de la redacción típica se infiere que, no obstante que el hecho descrito - fecundar óvulos humanos - es una conducta circunscrita dentro del ámbito de los especialistas en medicina reproductiva, el legislador decidió no imponer limitación alguna respecto al sujeto activo elaborando un tipo común respecto a éste¹⁰⁷⁰, por lo que el autor y participe podría ser cualquiera¹⁰⁷¹. "El hecho de que la reproducción asistida únicamente podrán realizarlas las personas que gocen de la preparación y formación adecuada supone sólo una limitación fáctica que no afecta en nada la cuestión dogmática de la naturaleza común del hecho"¹⁰⁷²

4.1.4) Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo indiscutible en éste delito es el preembrión humano generado fuera del cuerpo de una mujer¹⁰⁷³.

4.1.5) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.

Para una mayoría de la doctrina, el tipo objetivo del delito requiere que la conducta produzca un resultado material¹⁰⁷⁴ identificado en la fusión de los núcleos de los gametos humanos, o lo que es igual, en la creación de un preembrión humano.

¹⁰⁷⁰ En contra, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 832.

¹⁰⁷¹ Por todos; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 110.

¹⁰⁷² GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 685.

¹⁰⁷³ En coherencia con su concepción de bien jurídico, para BENÍTEZ ORTUZAR: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, "Delitos relativos a la reproducción asistida", ob cit, pág. 219, el sujeto pasivo se encuentra en el titular de la dignidad de la especie humana, ello es, la comunidad humana, la sociedad en su conjunto; también así QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 53. Para GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 685, el sujeto pasivo, dada la naturaleza del bien jurídico, es el Estado.

Algunos estiman que en realidad estamos frente a un delito de resultado cortado ya que basta realizar la conducta típica con finalidad ilícita para que se entienda consumado el delito¹⁰⁷⁵. No obstante, no comparto ello pues si la fecundación - término que expresa el núcleo descriptivo de la conducta típica - no realiza la fusión de los gametos y por tanto, no alcanza a crear a un preembrión humano, imposible resulta hablar de una acción o de un delito de resultado cortado consumado sino mas bien podremos observar realizado un delito tentado de resultado material.

Es decir, estamos ante un delito de resultado y de peligro concreto para el bien jurídico¹⁰⁷⁶ - vida del preembrión - que se consuma cuando el preembrión se crea, ello es, cuando se genera a consecuencia de la fecundación una fusión de los gametos o creación del embrión.

4.2) Tipo subjetivo.

Sin tener en cuenta que la conformación en la que el tipo penal esta estructurado sólo posibilita admitir la forma dolosa de comisión de la conducta típica, el legislador decidió con acierto no tipificar la modalidad imprudente en éste delito.

4.2.1) El tipo doloso.

La finalidad perseguida es la que otorga o no relevancia penal a la conducta de fecundación de óvulos humanos con gametos humanos. Es decir, la consciencia y voluntad de generar un preembrión a partir de la fusión de gametos humanos viables con cualquier

¹⁰⁷⁴ De la misma opinión, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 457; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109; RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1951; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131; VÁZQUEZ IRUZUBIETA: "Nuevo Código Penal Comentado", ob cit, pág. 243; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 685; JUNCO MANS: *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, ob cit, pág. 1004.

¹⁰⁷⁵ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 833; ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 177.

¹⁰⁷⁶ PERIS RIERA: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, ob cit, pág. 180 y 181, considera que éste delito es en realidad un delito de peligro abstracto con el que se busca evitar el riesgo de una futura modificación al patrimonio genético humano, y que tutela la integridad e irrepetibilidad del ser humano.

finalidad que no sea la procreación humana¹⁰⁷⁷, conforma el elemento subjetivo de intención del tipo, constituido por el dolo¹⁰⁷⁸.

Obviamente, de ello se colige que cuando la fecundación de un óvulo humano se realiza con fines de procreación, la tipicidad de la acción queda excluida¹⁰⁷⁹, por lo que la conducta sólo puede imputarse a título de dolo directo ante el requisito impuesto por el legislador de que ella persiga una finalidad ilícita y por ende distinta a la autorizada.

Por ello, bajo esta formulación del tipo penal, particularmente en las técnicas de fecundación in vitro, aún y cuando de antemano se sabe que habrán una cierta cantidad de embriones que no llegarán a utilizarse (embriones residuales) su creación (salvo que intencionalmente se generen muchos más de los que razonablemente podrían utilizarse para la práctica de cualesquiera de las técnicas de reproducción asistida) no puede considerarse que satisfaga los extremos típicos del delito frente a la falta del elemento subjetivo de intención (dolo) que excluye el tipo.

De la misma manera, aún y cuando se fecunden óvulos con finalidad de procreación sin haberse agotado previamente, en contra de lo que el artículo 2º de la LTRA dispone, el uso de otras técnicas o medidas terapéuticas que puedan resultar eficaces, que no precisen la creación de uno o varios preembriones, y que no se hayan descartado por inadecuadas para paliar la esterilidad humana, habría que sostener la atipicidad de la conducta ante la persistencia de esa finalidad reproductora.

A *contrario sensu*, la creación de un preembrión a pesar de que el autor de la conducta advierta objetivamente que no existe posibilidad alguna de que llegue a implantarse en el útero de la mujer o desarrollarse posteriormente, podría afirmar la presencia del elemento subjetivo requerido, esto es, la realización del tipo¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ Sin razón alguna, ALBERRUCHE DÍAZ FLORES: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 72, reproduciendo a GONZÁLEZ CUSSAC, señala que en realidad de una lectura integral del CPE y de la LTRA es posible concluir que el tipo penal no castiga sin más toda fecundación de óvulos humanos, sino sólo cuando con ésta se persigue la implantación no autorizada para fines exclusivamente de experimentación o investigación. Sin embargo, dicha afirmación carece de fundamento al no apreciarse en el tipo penal mención alguna a la finalidad implantatoria de la que habla la autora.

¹⁰⁷⁸ Para ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 177; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109, pretender cualquier fin distinto a la procreación humana constituye un elemento subjetivo del injusto diferente del dolo.

¹⁰⁷⁹ O en términos de RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1951, "el fin señalado en el tipo se eleva a la categoría de núcleo de la tipicidad".

¹⁰⁸⁰ Incluso, GRACIA MARTÍN es de la opinión de que la creación de un sólo embrión, para evitar los sobrantes, con finalidad de transferirlo al útero, podría considerarse como una conducta típica de éste

Ahora bien, sobre eso último y antes de finalizar las consideraciones en torno al elemento subjetivo del tipo, consideramos oportuno retomar la afirmación de algún sector de la doctrina en el sentido de que quedará fuera del alcance de ésta figura delictiva aquella conducta de fecundación de óvulos humanos cuando no vaya directa sino indirectamente dirigida a la reproducción humana. Así por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC¹⁰⁸¹ apunta que dentro de la finalidad procreativa indirecta se comprende aquella fecundación orientada a la prevención, eliminación, disminución o tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario para subsecuentemente alcanzar como objetivo ulterior la procreación¹⁰⁸².

En otras palabras, lo mencionado por el autor significa que la finalidad procreativa indirecta exceptúa de la adecuación o subsunción al elemento subjetivo del tipo aquella acción o conducta de fecundar que genere a un embrión humano con la finalidad exclusiva de practicar en él un diagnóstico preimplantatorio cuando ello se encuentre objetivamente indicado o aconsejado.

Lo anterior en principio parece una conclusión válida, irrefutable e inclusive lógica. Sin embargo, es obvio que no es a esto a lo que hay que referirnos, sino al hecho de que hasta el momento actual del desarrollo tecnológico científico, estas técnicas de diagnóstico preimplantatorio no se encuentran encaminadas ni al tratamiento del preembrión sobre el cual se realiza el diagnóstico, ni a su futura o subsecuente transferencia al útero de una mujer, por cuanto que, justamente, con su diagnóstico, es casi seguro que se le provoque un daño. Es decir, debemos comprender que lo que se quiere decir es que se puede crear un preembrión humano al que de entrada no se le brindará la posibilidad de desarrollar en las condiciones necesarias e imprescindibles su vida así generada, sin que ello constituya una conducta que colme el extremo típico subjetivo del delito.

Ello, según sus partidarios, es una conclusión que se extrae de la LTRA por cuanto que si de acuerdo con el artículo 12.1 la realización del diagnóstico preimplantatorio tiene como finalidad la valoración de la viabilidad o no del preembrión y la detección de enfermedades hereditarias a fin de tratarlas o, en caso de no ser posible, a fin de desaconsejar su transferencia al útero de la mujer, y si de acuerdo con el artículo 20.2.B) i)

artículo 161.1 por tanto que se trata de un supuesto que no respetaría la *lex artis* que indica la necesidad y conveniencia de transferir más de uno para elevar las posibilidades de éxito. Sin embargo, ello no nos parece definitivo, pues si bien la transferencia de un sólo embrión dificultará la posibilidad de éxito de, por ejemplo, una FIVTE, no lo hace materialmente imposible por lo que, la finalidad procreativa puede aún observarse.

¹⁰⁸¹ También, ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 177; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 688 y ss.

¹⁰⁸² GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 833.

se considera infracción muy grave realizar la transferencia del preembrión sin las suficientes garantías biológicas o de viabilidad, se pone de manifiesto que ante la necesidad de llevar a cabo el diagnóstico cuando se encuentre indicado a fin de evitar la transferencia, "la creación de embriones para estos fines como procedimiento necesariamente vinculado a su realización, no debiera conllevar responsabilidad penal, a fin de guardar una mínima coherencia dentro del Ordenamiento jurídico"¹⁰⁸³.

Ciertamente, no podemos olvidar que la finalidad teórica del diagnóstico preimplantatorio es, como vimos, determinar la presencia y en su caso corregir o eliminar las posibles deficiencias o defectos congénitos del preembrión sin tener que esperar hasta el momento en que el embarazo se verifique. Si esas posibles deficiencias se corrigen, en teoría, al embrión habría que transferirlo al útero de la mujer; sino se corrigen, habría sencillamente que desaconsejar su transferencia. Empero, el problema planteado radica en que esa finalidad teórica del diagnóstico es irreal, pues éste sólo servirá para investigar la posible presencia de una deficiencia y nada más, pues aún en el caso de no encontrarse deficiencia congénita alguna, ya el diagnóstico en si mismo habrá provocado que no se aconseje su transferencia a un útero, o lo que es igual, habrá provocado su inviabilidad y futura destrucción.

Por ende, la pregunta obligada que hay que realizar es ¿para qué sirve el diagnóstico preimplantatorio si no tiene por finalidad curar la deficiencia detectada y si, peor aún, la misma práctica de éste lo perjudica?

A ello, podría responderse que su realización sirve o se justifica en la medida en la que, conociendo la deficiencia congénita o hereditaria de la cual es portador el embrión creado para ser analizado, o la ausencia de ella, supondría que lo mismo acontecería con cualquier otro embrión creado con gametos de las mismas dos personas. No obstante, justificar esa creación de un embrión para su posterior destrucción a fin de obtener un conocimiento incierto sobre su estado de salud carece de validez, pues incluso que exista seguridad acerca del estado de salud de un embrión, dado que ya antes éste se verificó en un embrión hermano suyo, o en un clon, la alternativa seguirá siendo, respecto del especialmente creado con ese fin, o no transferirlo, o bien, destruirlo al realizar su diagnóstico.

Es decir, si prestamos atención, el problema que se plantea no es la tipicidad de la acción de realizar un diagnóstico preimplantatorio frente a sus consecuencias identificadas en la destrucción de la viabilidad del preembrión - ante la carencia de un delito

¹⁰⁸³ SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 366 - 369. Por consecuencia, la autora sostiene que la creación del embrión para este fin de diagnóstico debe considerarse o comprenderse dentro la finalidad procreativa que excluye la tipicidad subjetiva del artículo 161.1.

que sancione la lesión o muerte de un preembrión -, sino la tipicidad de una fecundación de gametos humanos con el fin de practicar una acción lícita que ausenta la finalidad procreativa del embrión creado, y que sólo supone una mayor probabilidad para alcanzar el fin procreativo de otro u otros embriones.

Por ello, en el supuesto de que la lesión al preembrión o embrión si constituyera un ilícito penal, el diagnóstico preimplantatorio en si mismo no podría considerarse como una medida terapéutica debido a que su desarrollo no se encamina aún al tratamiento del preembrión. De esa manera, su efectiva tipicidad sería automática y no estaría supeditada ni a la ponderación de riesgos y ventajas del caso concreto, ni a la debida o indebida observancia del deber objetivo de cuidado, ni a la necesaria o no indicación del diagnóstico, a diferencia de lo que ocurre en el caso del diagnóstico prenatal en el que a pesar de que el feto se lesionase o destruyese como consecuencia de una actuación realizada también sin infringir normas de cuidado objetivas, la respuesta jurídica sería la atipicidad de la acción debido a que la práctica misma del diagnóstico no lleva aparejado la necesaria, inherente e implícita destrucción del feto, a desemejanza, insisto, de lo que ocurre cuando el diagnóstico preimplantatorio en el que la acción realizada conforme a la *lex artis* implicaría de cualquier forma la destrucción del preembrión.

En consecuencia, desde esta perspectiva, de lege lata, la creación de un preembrión a través de la acción típica de fecundar gametos humanos con la finalidad de realizar, ante su objetiva idoneidad y necesidad, un diagnóstico preimplantatorio, es una conducta que quedará extramuros del tipo subjetivo de éste delito sólo en la medida en la que el diagnóstico no lleve aparejado su necesaria destrucción y/o inviabilidad, pues de lo contrario es imposible identificar inicialmente en su creación una finalidad procreativa.

4.3) Error de tipo.

Desde nuestra perspectiva, es difícil apreciar una hipótesis que constituya un error sobre un hecho o circunstancia constitutiva de la infracción penal, en que el autor de la acción suponga que su acción está permitida, esto es, que la finalidad de procreación incluya la creación de un embrión sin posibilidad de que se inicie y termine un proceso gestativo. Por ello, no se advierte la posibilidad de que aparezcan en sus distintas modalidades - error sobre el objeto, sobre el proceso causal o sobre la dirección de la acción - hipótesis de error que excluyan la intención o el dolo de la infracción penal.

4.4) Ausencia de antijuricidad.

Por lo que hemos observado, la formulación general del tipo penal “cualquier fin distinto a la procreación humana”, nos induce a pensar que no es posible la aplicación de ninguna causa genérica que excluya la antijuridicidad.

No obstante, si bien concluimos que la conducta típica requiere proyectarse exclusivamente sobre gametos humanos viables, y que la fecundación de estos sin finalidad procreativa no encuentra excepción alguna en todo el Ordenamiento, consideramos oportuno retomar de nueva cuenta la hipótesis de fecundación de un óvulo humano con un gameto animal que si puede ser, excepcionalmente, una conducta permitida.

Ciertamente, el hecho de que el artículo 14.4 de la LTRA contemple la posibilidad de permitir extraordinariamente - cuando se cuente con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o de la Comisión Nacional multidisciplinar -, las fecundaciones **entre gametos humanos y animales**, lo cual comprende la posibilidad normativa de que la fecundación de un óvulo humano con cualquier finalidad distinta de la procreación sea lícita, nos obliga a precisar de nueva cuenta que dicha acción, aún y cuando se corresponda con la descripción del tipo penal, queda al margen y fuera del alcance de éste tipo penal por las razones antes aducidas acerca de la naturaleza requerida del gameto masculino.

Luego entonces, ésta autorización a la que se refiere la LTRA, no puede considerarse como una especial y supralegal causa de justificación para impedir calificar como antijurídica la conducta atípica de creación de híbridos, a menos claro esta, de que se consideren los supuestos de hibridación a partir de óvulos humanos como conductas integrantes de este tipo penal¹⁰⁸⁴.

Es decir, crear un embrión humano sin finalidad procreativa en una conducta típica que no se justifica, mientras que crear un híbrido - humano - animal - (hámster) es una conducta sobre la cual éste tipo penal no tiene nada que decir.

Así mismo, debo destacar que hay quienes consideran que si es posible apreciar en algunos casos una causa de justificación, ubicándola en el ejercicio legítimo del derecho a la investigación y experimentación, fundamentando esa afirmación en el hecho de que el artículo 1.4 de la LTRA dispone que podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u **óvulos fecundados humanos** en los términos de los artículos 14,15,16 y 17 de esa misma Ley¹⁰⁸⁵, o en la "finalidad terapéutica en sentido amplio, es decir, en un caso concreto, como para investigación científica o industrial (art 8º Ley 42/1988)"¹⁰⁸⁶.

No obstante ello, esa posición debe rechazarse pues es patente e indiscutible que lo que el artículo 1.4 en relación con los artículos 14,15,16 y 17 de la Ley 35/1988 y el artículo 8º de la Ley 42/1988 establecen, es un marco permisivo (restringido) a la **utilización**

¹⁰⁸⁴ Asume esa posición el *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 222 y ss.

¹⁰⁸⁵ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 688.

¹⁰⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 53.

de los gametos y de los ya existentes¹⁰⁸⁷ preembriones humanos, mas no así a la **creación** o **generación** de éstos.

Es decir, en el supuesto imaginario de que fuera una conducta delictiva la **utilización** de los preembriones humanos, estos artículos constituirían una causa de justificación no aplicable en este caso a una conducta distinta como la de fecundar un óvulo y un espermatozoide humano sin finalidad procreativa¹⁰⁸⁸.

4.5) Culpabilidad. Error de prohibición.

A diferencia de lo planteado en el caso del error de tipo, si es posible suponer la posible aparición de un caso de error de prohibición en que el sujeto de la acción suponga equívocamente que la creación de un embrión para practicar en él un diagnóstico genético, y con conocimiento cierto de que ello destruirá la posibilidad de ser transferido a un útero materno, - la finalidad procreativa - es una conducta que la ley permite, lo cual podría dar lugar a un error de prohibición indirecto pues el autor conoce los elementos del tipo, pero entiende que su realización no está prohibida a través de la invocación o existencia de una causa de justificación que podría fundarse en la creencia errónea de que la acción ilícita se realiza en el ejercicio legítimo de un derecho, en este caso, a la investigación o experimentación.

4.6) Tentativa y Consumación.

El tipo penal, dado que en su estructura es perfectamente identificable un momento previo preparatorio y uno posterior, cuando se inicia la fase ejecutiva, es posible imaginar que el proceso de ejecución se lleve a cabo sin que se produzca el resultado identificado en la creación del embrión humano extracorpóreo - momento de la consumación del delito - lo cual indica que la aparición de las formas imperfectas de ejecución son posibles, siendo admisible la tentativa acabada e inacabada.

4.7) Penalidad.

¹⁰⁸⁷ Preembriones residuales o sobrantes de una FIV y tratamientos análogos, una vez pasado el tiempo límite de su crioconservación; preembriones abortados - muertos o no viables -.

¹⁰⁸⁸ Para PAULINA SILVA podría plantearse en el caso de que el diagnóstico preimplantatorio se considerará una conducta típica, como una causa de justificación en los términos del artículo 20.7 del CPE o inclusive, como una eximente de responsabilidad por estado de necesidad en los términos del artículo 20.5 del mismo CPE, ponderando entre el mal menor - la creación del embrión no destinado a la procreación en tanto que no podrá ser transferido, y el mal mayor, - no poder transferir ningún embrión al no encontrarse establecidas sus garantías biológicas y de viabilidad a pesar de ser ello posible.

La pena establecida es de uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años, lo que parece correcto si la pena la apreciamos frente al bien jurídico que consideramos tutela éste tipo penal.

Pero si ello no es así, resulta agotador coincidir con el legislador frente al hecho de que la pena sea mas grave que la establecida para el delito de lesiones al feto en quien se reconoce la existencia de vida y su protección como bien jurídico, o para el caso de aborto consentido.

En otras palabras, resulta cuestionable que la sanción de aquella conducta que imposibilite el futuro desarrollo de esa vida humana reconocida sea menor que la asociada a la **generación** de un ser - un algo - que para el TC y el legislador merece una protección o graduación menor en cuanto a su protección, protegiéndose con mayor intensidad la vida del embrión preimplantatorio que la vida del embrión y del feto.

Y lo mismo ocurre en relación a la pena de inhabilitación especial, cuya exagerada extensión no podría justificarse si no se considera objeto de protección un bien jurídico de especial magnitud como la vida humana incorporada al preembrión humano. Al margen de ello, su mayor extensión que la prevista para el delito de lesiones al feto resulta injustificada aunque quizá - y subrayo quizá -, ello se deba a la equiparación de las penas que por alguna razón decidió hacer el legislador entre éste delito y el delito que analizaremos a continuación.

4.8) Concursos.

Dada la proximidad material que existe para que una vez creado uno a varios preembriones, se experimente, intervenga o manipule en ellos - alterando su genotipo -, o con la posibilidad de implantarlos, con o sin el consentimiento de la mujer receptora, o bien una vez implantados abortarlos sin causa de justificación, o duplicándolos sin finalidad terapéutico procreativa, teóricamente es factible suponer la posibilidad de la existencia de concursos reales entre éste delito y el delito de aborto del artículo 144, del delito de manipulación de genes del artículo 159, el delito de creación de seres humanos idénticos por clonación del artículo 161.2 o del delito de reproducción asistida no consentida del artículo 162¹⁰⁸⁹.

5. El tipo de creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Artículo 161.2. Análisis.

¹⁰⁸⁹ Cfr, BENÍTEZ ORTUZAR: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, "Delitos relativos a la reproducción asistida", ob cit, pág. 226.

Artículo 161.2: Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

5.1) Tipo objetivo. Consideraciones previas.

Esta claro que abordar el análisis de ésta figura típica también requiere reconducir las premisas obtenidas y las conclusiones alcanzadas en la primera parte de la investigación respecto de este indudablemente controversial tópico de la clonación humana - sea que ésta se realice con fines reproductivos o sin finalidad procreativa -, hacia aquellos puntos en donde la verdadera discusión acerca de la permisibilidad o no de las técnicas de clonación debe centrarse.

Por ende, hemos decidido realizar dentro de éste apartado un análisis de la figura típica a partir de las varias posiciones doctrinales a efecto de poder confrontarlas y destacar, una vez más, cuáles son los bienes jurídicos regulados en ésta materia, y a partir de ello si el marco jurídico existente se corresponde, en cuanto a su limitación, con su efectiva protección.

No obstante, antes que nada hay que destacar, según se observa, que la redacción del tipo penal es oscura y por ende confusa, pues un análisis a partir de la literalidad del mismo nos llevará a conclusiones que, sin duda alguna, serán notoriamente distintas.

Efectivamente, el legislador penal no ha creado sino utilizado, como en la gran mayoría de los tipos penales contenidos en el Título V del Libro II del CPE, una redacción previa que aparecía dentro de la Ley 35/1988. En ella, según hemos ya insistido, dentro de los anteriores apartados k) y l) del artículo 20 correspondiente al Capítulo VI, "de las infracciones y sanciones", se consideraba como una infracción administrativa muy grave lo siguiente:

k) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

l) La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.

Respecto del inciso k), podría interpretarse en principio que el legislador quiso prohibir y sancionar administrativamente la creación de seres humanos **idénticos**, ya sea que dicha igualdad o equivalencia genotípica se obtenga a través de la clonación o bien, a través de aquellos procedimientos capaces de establecer determinadas, precisas y

específicas singularidades en las características de un ser humano, y que implicarían prácticas eugenésicas previas dirigidas o referidas a la creación de seres humanos idénticos.

En torno al inciso l) también podría suponerse que el legislador quiso sancionar la creación de seres humanos idénticos por cualquier otro procedimiento aparte de la clonación, y la creación de seres humanos, no necesariamente idénticos, en cualquiera de las variantes de la clonación.

Es decir, sería válido suponer que los dos incisos preveían cuatro supuestos distintos, siempre referidos a la creación de seres humanos:

La creación de seres humanos *idénticos* mediante *clonación*. (inciso k)

La creación de seres humanos *no idénticos* mediante *clonación*; (inciso l)

La creación de seres humanos *idénticos* mediante procedimientos de selección de la raza (inciso k))

La creación de seres humanos *idénticos mediante cualquier otro procedimiento que sea capaz de ello*¹⁰⁹⁰. (inciso l))

Por su parte el tipo penal del artículo 161.2, recogió la redacción que se correspondía con el inciso k) del artículo 20.2.B) de la LTRA, pero con la novedad de que en él se contienen un par de variantes que son necesario considerar para desentrañar qué es lo que la norma finalmente prohíbe a través de la sanción penal.

La primera variante consiste en que la coma que originalmente aparecía - “crear seres humanos idénticos — por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” ya no aparece en el tipo del artículo 161.2 del CPE, y la segunda consiste en que, a diferencia de la singularidad implícita de los ilícitos administrativos, el legislador penal utilizó en plural el verbo castigar, señalando expresamente - **se castigarán** - ¹⁰⁹¹.

Por lo tanto, si tomamos en cuenta los supuestos contenidos en las infracciones administrativas antes mencionadas y los confrontamos con la descripción típica del actual artículo 161.2 del CPE, pueden conjeturarse tres cosas:

- Que el legislador sólo recogió el inciso k) y suprimió las conductas previstas por el inciso l) por tanto que consideró ello no era sino una reiteración de lo expresado en el inciso k), al prohibir ese último las mismas

¹⁰⁹⁰ Lo anterior es muy importante pues querría decir que el legislador había considerado que la creación artificial de seres humanos idénticos puede realizarse por medios distintos a la clonación.

¹⁰⁹¹ Variantes que se mencionan en el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 209.

conductas - creación de seres humanos por clonación, o la creación de seres idénticos por cualquier otro procedimiento -, o;

- Que los incisos k) y l) de la Ley 35/1988 si bien encerraban hipótesis con contenidos diversos, el legislador optó por la eliminación de las segundas (inciso l)), o;

- Bien que, por cuanto que cada una de ellas presentaban un contenido diferente y próximo, el artículo 161.2 recogió e integró, con muy poca fortuna, ambas hipótesis de la Ley 35/1988 en el tipo penal¹⁰⁹².

De ello y por la manera en la que el tipo penal quedó estructurado, pueden realizarse por lo menos cuatro interpretaciones distintas:

a) Que el legislador previó en el tipo **una sola hipótesis delictiva** consistente en la *creación de seres humanos idénticos*, a través de **dos formas comisivas distintas**, ya sea que ello se realice por **clonación o bien, por cualquier otro procedimiento**, cuando ambas se encuentren dirigidas a la selección de la raza¹⁰⁹³;

b) Que el legislador previó una sola hipótesis delictiva consistente en la *creación con cualquier fin de seres humanos idénticos*, **por clonación o por medio de procedimientos de selección de la raza**;

c) Que el legislador previó como hipótesis delictiva *la creación con cualquier fin de seres humanos idénticos*, a través de una sola y exclusiva forma comisiva definida como clonación, aún y cuando se hayan realizado actuaciones previas que comporten una elección o manipulación no terapéutica de las características biológicas o genéticas de los futuros seres humanos que serán replicados.

¹⁰⁹² De ese parecer, ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 175.

¹⁰⁹³ Dentro de esta línea de interpretación, DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 70, quien después de considerar que el tipo literalmente tipifica la creación de seres humanos idénticos mediante procedimientos dirigidos a la selección de la raza, estima que lo correcto hubiera sido la sanción de la creación de seres humanos idénticos por clonación o por otros procedimientos genéticos con la finalidad de selección de la raza o para la creación de seres humanos especializados (homúnculos). De orientación similar, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 834.

d) Que el tipo se encuentra alternativamente formado por **dos hipótesis delictivas distintas**¹⁰⁹⁴, consistiendo la primera en la *creación de seres humanos idénticos* por **clonación** y con cualquier fin, y la segunda, en realizar actuaciones - **“u otros procedimientos”** - que estén dirigidas a la selección de la raza.

De cualquier manera es elemental dejar constancia que independientemente de cuál sea la interpretación que finalmente se estime más correcta del actual tipo penal, si analizamos detenidamente, de las hipótesis que se desprendían de los incisos k) y l) del artículo 20.2.B) de la LTRA, al parecer **no quedó comprendida aquella consistente en la creación por clonación de seres humanos no idénticos**, lo que no debe ni puede pasar desapercibido, según fundamentaremos más adelante.

En la doctrina se han destacado prácticamente las mismas posibilidades en cuanto a la interpretación que del actual artículo 161.2 pueden realizarse.

STELLA MARIS¹⁰⁹⁵, entiende que una interpretación literal del texto permite afirmar que el legislador penal buscó reprimir la utilización de estos procedimientos exclusivamente en la medida en que se encuentren dirigidos a la selección de la raza¹⁰⁹⁶, por lo que las técnicas de clonado sólo resultan prohibidas en tanto importen un intento de mejoramiento racial¹⁰⁹⁷. Es decir, según esta interpretación, el tipo prevé una sola conducta típica - clonación - que debe estar dirigida a la selección de la raza¹⁰⁹⁸ lo que significa que la expresión *“u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”*, lejos de constituir otra conducta autónoma delictiva, integraría el elemento subjetivo del tipo que estaría conformado por esta finalidad.

¹⁰⁹⁴ Opción ésta por la que se pronuncia el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 209 y 210.

¹⁰⁹⁵ MARIS MARTÍNEZ: “La genética en el ámbito de la ley española”, ob cit, pág. 166 y ss. Entendido así, la autora critica que el legislador prohíba la selección de la raza mediante clonación, pero que la permita, aunque restringidamente, cuando se práctica mutando el genoma.

¹⁰⁹⁶ De la misma manera LACADENA CALERO; “Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español; un comentario genético”, ob cit, pág. 213, para quien el texto legal castiga la clonación humana por cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza, prohibición que, a juicio del autor, parece que tiene que ver con posibles motivos eugenésicos.

¹⁰⁹⁷ También lo entienden así RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109, y; QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 54. Éste último autor, inclusive sostiene que ello, es decir, la prohibición de la clonación por tanto se encuentra dirigida a la eugenesia o selección de la raza, se sigue de las Recomendaciones del Consejo de Europa.

¹⁰⁹⁸ En esa dirección; LANDECHO VELASCO; MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit, pág. 89.

Para CARLOS SUAREZ, cabe entender que el comportamiento típico consiste en la creación de seres humanos idénticos, bien por la clonación o por otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, o bien, que el comportamiento consiste en la creación de seres humanos por clonación o el empleo de técnicas genéticas para la selección de la raza¹⁰⁹⁹, pronunciándose por la segunda opción, considerando que **el tipo prevé dos comportamientos prohibidos**¹¹⁰⁰.

Por su parte, el profesor ROMEO CASABONA, después de plantearse esas dos líneas de interpretación diversas, ello es, si el núcleo de la acción es la creación de seres humanos idénticos mediante los procedimientos que señala el precepto, o si es ésta conducta y la utilización de cualquier otro procedimiento con fines de selección de la raza, también considera que *aún y cuando caben ambas interpretaciones*, en realidad **se prevén dos tipos diferenciados** que recogen, por un lado, la creación de seres humanos idénticos por clonación *con cualquier fin* y, por el otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza¹¹⁰¹.

Así, si sintetizamos las anteriores opiniones y realizamos una lectura del tipo penal que prescinda de su literalidad - lo que significa rechazar que la creación de seres humanos idénticos por clonación sólo será una conducta delictiva cuando tenga un fin específico - seleccionar la raza -, nos encontramos con que la interpretación del tipo penal transita entre la opinión de que **lo que se sanciona es la creación de seres humanos idénticos** con cualquier finalidad, ya sea por clonación o por medio de otros procedimientos de selección de la raza; que el tipo prevé como ilícito la creación de seres humanos idénticos por clonación aunque sus características hayan sido previamente seleccionadas y/o manipuladas; o bien que se ha previsto sancionar la creación por clonación de seres humanos idénticos con cualquier finalidad y, por otro lado, *la elección o imposición en los seres humanos de ciertas características eugenésicas, no terapéuticas* - "u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza" -.

En resumen, ambas posturas coinciden en que el tipo penal sanciona la creación de seres humanos idénticos por clonación, mientras que el punto divergente consiste en **determinar si los "otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza" deben o no vincularse a la creación de seres humanos idénticos** pues, *dependiendo de la respuesta*, tendríamos que definir de manera distinta en qué consiste el objeto y núcleo de la conducta

¹⁰⁹⁹ MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 187, realiza la misma clasificación aunque sin pronunciarse por alguna de las dos.

¹¹⁰⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 457. Opina igual SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131.

¹¹⁰¹ ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 175 y 176.

enraizada en la expresión “procedimientos dirigidos a la selección de la raza” que deben quedar abarcados por el tipo.

Para ello hay que precisar que el término “selección de la raza” (humana) será en todo caso sinónimo de eugenesia, pues busca la determinación, selección o creación artificial de ciertas características, particularidades o propiedades en los futuros seres humanos. Sin embargo, la diferencia está en el cómo ella se realice, pues se puede explicar tanto a través de la manipulación o alteración biológico - genética, no terapéutica, como a través de la selección no terapéutica pero tampoco manipuladora de las características biológico fenotípicas de un futuro ser humano.

En consecuencia, la expresión “dirigidos a la selección de la raza” puede ser entendida como manipulación genética con fines eugenésicos - acción y resultado cuyo desvalor ha quedado ya apreciado claramente en el tipo mencionado del artículo 159.1 -, o bien, como una conducta independiente cuyo desvalor no quedaría abarcado por el antes mencionado artículo 159¹¹⁰².

Es decir, si los “otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” están vinculados a la creación de seres humanos idénticos, tenemos que saber a qué aludió el legislador o, mejor dicho, cómo es que se crea un ser humano idéntico por medio de los procedimientos de selección de la raza, y si en función de ello el término “selección de la raza” se encuentra entroncado a la manipulación genética.

Y por el contrario, si se acepta la posibilidad de que los “otros procedimientos de selección de la raza” no están referidos o ligados a la creación de seres humanos idénticos, urge precisar el contenido de la acción de lo que vendría a ser una segunda hipótesis típica no relacionada con la creación de seres humanos con contenidos genéticos idénticos, aparentemente asentada en una forma eugenésica de elección de ciertas y predeterminadas características biológicas de futuros seres humanos.

Consecuentemente, en primer lugar se impone la necesidad de responder, acudiendo para ello a los antecedentes que han conformado el marco normativo correspondiente, si es o no posible desvincular los “otros procedimientos dirigidos a la

¹¹⁰² El profesor ROMEO CASABONA es partidario de ésta segunda opinión, pues para él los procedimientos abarcados por el tipo también deben limitarse a prácticas de selección positiva por medio de procedimientos biológicos, selección de gametos y cigotos sin objetivo de prevenir enfermedades, etc, lo que no obsta para que, si esto mismo se realizara por medio de intervenciones genéticas, pueda entonces observarse un concurso con el delito de manipulación genética. Cfr; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 176.

selección de la raza” de la creación de seres humanos idénticos, y de ahí, no sobra decirlo, si ello se encuentra o no referido a una manipulación genética.

Efectivamente, si consideramos que la disposición administrativa que sancionaba la creación de seres humanos idénticos, mediante los procedimientos de selección de la raza (inciso k) del artículo 20.2.B) de la LTRA), coexistió con el artículo 9.2.B).a) de la Ley 42/1988, el cual específicamente sancionaba la realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio humano no patológico - manipulación genética -, ello permitiría *suponer* que la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” **no preveía una hipótesis que sancionará la modificación al patrimonio genético no patológico**, pues ello quedaba ya comprendido por el artículo 9.2.B).a) de la Ley 42/1988, sino que en él, presumiblemente, se preveía como conducta ilícita la selección de características biológicas o fenotípicas en el ser humano a través de procedimientos que no comportasen modificación o manipulación al patrimonio genético humano, aunque, eso sí, dada la descripción objetiva de la infracción misma, necesariamente vinculada a la producción de ese resultado - la creación de seres humanos idénticos -.

Según se infiere de ésta interpretación, los procedimientos de selección de la raza se encontrarían ligados y referidos a la configuración de individuos, seres humanos, que en todo caso han de ser idénticos y, por el otro lado, que no necesariamente comportan un acto de manipulación genética sino que suponen *la configuración de individuos con características fenotípicas semejantes a través de actuaciones de selección eugenésica no terapéuticas y no manipuladoras* - como por ejemplo, de selección de gametos - óvulos o espermatozoides - determinados o específicos.

Empero, ello nos obliga a preguntar si es o no posible crear seres humanos idénticos a través de la práctica de procedimientos de selección eugenésica que no comporten manipulación genética.

La respuesta es que no, por la simple y sencilla razón de que los procedimientos dirigidos a la selección de la raza, entendidos como actuaciones que no comportan modificación o manipulación genética alguna, si bien están referidos a la reproducción humana asistida o a la creación de seres humanos, no son idóneos para generar seres humanos idénticos, sino tan sólo, seres humanos diferentes a otros preexistentes.

Sin embargo, tampoco los procedimientos dirigidos a la selección de la raza, entendidos como actuaciones que si comportan modificación o manipulación genética serán idóneos para generar seres humanos idénticos, sino, tan sólo, de igual manera, diferentes, pues si la creación de un ser humano idéntico supone que éste ha de **compartir** el mismo genotipo nuclear **con otro**, dicha identidad genética no se puede obtener o realizar sólo a través de una manipulación genética, sino por medio de la repetición o reproducción de ese genotipo a través de la creación de seres humanos que sean portadores de él.

En conclusión, la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, materialmente, no puede considerarse como un medio o forma comisiva para la realización del resultado de creación de seres humanos idénticos.

Por lo tanto, si de las consideraciones y de los antecedentes directos en la conformación del tipo penal contenido en las infracciones administrativas del artículo 20.2.B) k) y l) de la Ley 35/1988 se desprende que los “procedimientos dirigidos a la selección de la raza” no pueden desvincularse ni considerarse en si mismos medios idóneos para la creación de seres humanos idénticos, ello significará que el tipo penal no prevé, obviamente, dos hipótesis delictivas diferentes, ni prevé como sanción **la producción de un resultado - la creación de seres humanos idénticos - a través de dos medios distintos - por clonación o por cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza** - sino que lo que el legislador pretendió señalar utilizando la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, es que la creación de seres humanos idénticos será igualmente ilícita en los términos de éste artículo si la identidad del contenido genético de los seres humanos clonados proviene de un genotipo previamente manipulado o seleccionado.

Dicho de otra manera, los “otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” preverían un supuesto en que primero se realice una manipulación genética o una elección, ambas con contenidos eugenésicos, estableciendo o determinado ciertas características, y en la que posteriormente ese genotipo manipulado o esas características seleccionadas, sean repetidas y/o utilizadas en la creación por clonación de seres humanos, digámoslo así, idénticamente modificados o seleccionados.

¿Cuáles serían las consecuencias **de esa conclusión**? Si entendemos que la conducta de selección de la raza está unida a la creación de seres humanos idénticos, las consecuencias serán que cuando los otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza se traten de acciones manipuladoras del genoma humano, ello constituiría una forma específica de manipulación genética con fines eugenésicos cuyo desvalor ya se comprende en el tipo penal del artículo 159.1 del CPE, por lo que vendría a significar **una reiteración de una conducta, insisto, ya apreciada claramente por el tipo penal del artículo 159 CPE**¹¹⁰³.

Si cuando los otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza no comportasen manipulación genética sino sólo selección eugenésica, por tanto que la conducta está referida a la creación de seres humanos idénticos, la conclusión sería que la

¹¹⁰³ También dentro del análisis del marco jurídico de la clonación, el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 220, se coincide con nuestra crítica y con la idea de suprimir esa segunda parte del tipo “por razones de ambigüedad de la conducta punible”, y “porque quedarían incluidos en otros delitos como el de manipulación genética”.

valoración de la acción selectiva de la raza quedaría abarcada por el propio delito de clonación.

En pocas palabras, esa interpretación nos llevaría a señalar que el tipo penal estaría restringido exclusivamente a la creación de seres humanos idénticos por clonación y con cualquier fin, excluyendo del tipo cualquier otra técnica que sea capaz de crear seres humanos idénticos, y que los procedimientos de selección de la raza deben vincularse siempre a la clonación, con las consecuentes apariciones, según se trate, de ciertas situaciones concursales respecto del artículo 159.1.

Ahora bien, por el otro lado, debemos planteamos la posibilidad de interpretar al tipo penal de manera distinta, considerando la conclusión doctrinal que apuesta por que el tipo penal que se comenta ha *previsto dos hipótesis delictivas distintas*, a saber; la creación de seres humanos idénticos mediante la clonación por un lado, y por el otro, no vinculado a la creación de seres humanos idénticos, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza.

Sin embargo, también en ésta línea interpretativa se observan ciertas consecuencias que deben sopesarse, pues en primer lugar, bajo ese análisis, si los “procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, no vinculados a la creación de seres humanos idénticos, aunque necesariamente ligados a la reproducción humana asistida, comportasen acciones manipuladoras del genoma humano, igualmente habría que afirmar que **el tipo penal del artículo 159.1 atrae o comprende esa supuesta segunda conducta alterna a la de creación de seres humanos idénticos prevista por el artículo 161.2 del CPE** - “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” y que ello por lo tanto constituye una reiteración (que debería suprimirse) criticable desde el punto de vista técnico jurídico.

En segundo lugar, de igual forma habría que considerar que la primera hipótesis del tipo penal sólo se concretaría a **describir como acción** ilícita o típica de prohibición en la producción del resultado no deseado e identificado en la creación de seres humanos idénticos, **a la clonación**, lo que significa que no podría incorporarse o comprenderse dentro del tipo cualquier otra conducta que no quedase abarcada bajo éste concepto - “clonación” - pero que fuera capaz de producir innaturalmente - mediante cualquier otro procedimiento - seres humanos idénticos y con ello, poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido.

Pero ¿no fue esa quizá la hipótesis que quiso prever el legislador cuando utilizó la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, y que indica que la lectura del tipo penal debe ser aquella que se inclina por considerar que el delito contemplado la realización de un resultado - creación de seres humanos idénticos - a través de más de una sola forma de comisión?.

Es valido suponer que si, sí estimamos que el legislador contempló que al margen de la clonación, existen otros procedimientos capaces de crear seres humanos idénticos¹¹⁰⁴ que también estimase necesario sancionar.

De esa manera, si pudiésemos adjudicar como interpretación del tipo penal aquella lectura en la cual consideremos que el delito prevé la creación de seres humanos idénticos, ya sea por clonación o por cualquier otro procedimiento, ésta solución permitiría apreciar dentro del tipo, cualquier otra técnica o método que sea capaz de crear seres humanos idénticos¹¹⁰⁵.

Sin embargo, sólo si nos quedásemos con la parte del tipo que dispone “u otros procedimientos” podríamos aventurarnos a afirmar que la voluntad del legislador, profundamente confusa, ha sido esa; prohibir la creación de seres humanos idénticos, ya sea por clonación o mediante cualquier otro procedimiento (indeterminado) y, que por lo tanto, la segunda parte del tipo no constituye ni una reiteración de la conducta típica abarcada por el artículo 159, ni una hipótesis delictiva distinta e independiente.

Empero, bajo ésta lectura no podemos ignorar que el tipo penal no sólo señala que la otra forma de creación de seres humanos idénticos debe concretarse a través de “*otros procedimientos*”, (medios indeterminados, lo que resultaría ideal) sino que esos procedimientos los concreta o determina a través de la expresión “**dirigidos a la selección de la raza**”, cuyo contenido para ésta hipótesis ligada a la creación de seres humanos idénticos hemos ya establecido en líneas precedentes.

Dicho en otras palabras, la expresión “**dirigidos a la selección de la raza**” impide considerar que el legislador ha previsto sancionar la creación de seres humanos idénticos por cualquier otro medio capaz de ello distinto a la clonación y, en su lugar, ha limitado el ámbito de aplicación del tipo objetivo a la creación de un resultado por medio de una conducta o forma comisiva específica y delimitada.

Prueba de ello, es decir, de la imposibilidad de considerar que el tipo abarque la creación de seres humanos idénticos a través del uso de cualquier otra técnica o

¹¹⁰⁴ Evidentemente que el legislador previó esa situación, pues como ya apuntábamos, expresamente distinguió en el inciso l) del artículo 20.2.B) de la LTRA entre la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. No obstante, si bien no resulta fácil saber a cuales otros procedimientos se refería el legislador, podemos especular suponiendo que dentro de estos otros procedimientos podría incluirse, por ejemplo, la partenogénesis.

¹¹⁰⁵ Reitero, de está manera podría considerarse que el tipo penal de éste artículo 161.2 ha incorporado la segunda parte del inciso l) del artículo 20.2.B) de la LTRA que preveía la creación de seres humanos idénticos por cualquier otro procedimiento distinto a la clonación.

procedimiento capaz de crear un ser humano idéntico no definido o delineado como clonación - hasta en tanto no se modifique el tipo penal y otras normas administrativas - se extrae, indubitadamente, del artículo 20.2.B).m)¹¹⁰⁶ que, incluso ahora, prevé como infracción muy grave la **partenogénesis** o estimulación al desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, **y que dará lugar solamente a descendencia femenina, ello es, a un ser humano idéntico, en este caso a la mujer del cual provenga el óvulo desarrollado**, activado o estimulado por los medios referidos.

Es decir, si ése procedimiento - partenogénesis - que además coexistió junto con las infracciones que preveían la creación de seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, (artículo 20.2.B) k)) y a la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes, o a la creación de seres humanos idénticos por cualquier otro procedimiento capaz de ello, (artículo 20.2.B) l)) se mantuvo en el ámbito administrativo a pesar de que es capaz de crear un ser humano idéntico a otro ya nacido, es porque el legislador, consciente de que existen otras técnicas capaces de crear seres humanos idénticos, sólo deseó o consideró necesario elevar a la naturaleza de ilícito penal el resultado de creación de seres humanos idénticos, pero sólo cuando ello se realice por medio de la técnica específica de clonación, eso si, en cualquiera de sus variantes.

Dicho en otras palabras, cuando se suprimieron de la Ley 35/1988 las varias disposiciones que se incorporaron al CPE, y se conservó intacto el inciso m) del artículo 20.2.B) que contempla como infracción muy grave, la creación de un ser humano idéntico a través de una técnica que bien puede caber o ser conceptualizada como clonación, es debido a que no puede llamársele, jurídicamente, clonación.

Recapitulando todo lo anterior podemos precisar lo siguiente:

- El término “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, no expresa (ni jurídica ni materialmente) un medio comisivo alterno de creación de seres humanos idénticos, por lo que debe rechazarse la posibilidad de interpretar que en el tipo se contienen dos formas comisivas distintas de producción del resultado identificado en la creación de seres humanos idénticos.
- Considerar que el tipo penal sólo prevé como conducta delictiva la creación de seres humanos idénticos con cualquier fin y por medio de la clonación, y por ende que lo que el legislador señaló utilizando el enunciado “u otros procedimientos

¹¹⁰⁶ Artículo 20.2.B).m): *Son infracciones muy graves:* “La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar sólo a descendencia femenina”. En éste caso, la descendencia sería genéticamente idéntica a la aportante del óvulo sobre el cual se duplicó la dotación cromosómica sin necesidad de ser penetrado por un espermatozoide.

dirigidos a la selección de la raza” es que la clonación será igualmente ilícita si la identidad del contenido genético de los seres humanos así creados proviene de un genotipo manipulado o seleccionado, nos llevaría a observar, en el supuesto de que la selección comporte una manipulación genética no terapéutica, que dicha conducta quedaría abarcada por el tipo del artículo 159.1 del CPE, y en el supuesto de que no conllevara un acto de alteración sino de selección genética, al estar referidas a la creación de seres humanos idénticos, que el desvalor inherente a esa conducta quedaría abarcado por la misma figura típica de clonación.

- Por último, asumir que el **tipo penal prevé dos tipos delictivos autónomos**, el primero concretado en la creación de seres humanos idénticos exclusivamente por clonación y el segundo, no ligado a la creación de seres humanos idénticos, en la utilización de procedimientos eugenésicos, también nos llevaría a la conclusión, cuando la hipótesis de selección de la raza comportara una manipulación genética, que una situación como esa podría resolverse aplicando el artículo 159.1 por lo que no cabría ningún reparo en señalar que el enunciado “dirigidos a la selección de la raza” expresaría una conducta que se reitera y que por tanto debería suprimirse del tipo penal. Empero, si la selección no conlleva una modificación al patrimonio genético humano, la utilización de los procedimientos eugenésicos de selección constituiría una conducta cuyo desvalor no quedaría abarcado por el tipo 159.1 del CPE¹¹⁰⁷ ni por ningún otro, radicando en ello, precisamente, su única utilidad.

De cualquier manera, la aparente utilidad o única bondad de apreciar en la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, una figura delictiva autónoma que recoge la utilización de técnicas o procedimientos de selección de caracteres biológicos de futuros seres humanos, tampoco justificaría su permanencia por tanto que, además de lo increíblemente ambiguo y de lo casi imposible que resulta la delimitación de lo que debería ser la conducta punible, en prácticamente todos los casos la selección de ciertos y específicos caracteres biológicos sólo podría llegar a poner en peligro o lesionar el previsible y señalado bien jurídico - integridad o intangibilidad del patrimonio genético humano - por medio de un paso ulterior “la perpetuación del resultado obtenido, mediante replicación - clonación u otro procedimiento”¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁷ El *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 216 y 217, sostiene esa postura cuando afirma que en relación al segundo tipo del artículo 161.2, la acción típica debe limitarse a las prácticas de selección positiva para la reproducción por medio de procedimientos biológicos que identifica en la selección de gametos y de cigotos sin objetivos terapéuticos, es decir, según se infiere, que esa selección no ha de implicar necesariamente una manipulación genética.

¹¹⁰⁸ *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 212.

Ante ello, y dado que sea cual fuere la interpretación que se adopte, el tipo penal sólo sancionaría la creación de seres humanos idénticos exclusivamente cuando ello se realice a través de una técnica definida como “clonación” - lo que en principio es insatisfactorio -, resultaría ineludible afirmar que una modificación a éste tipo penal estaría más que justificada de manera tal que, en principio, la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, por todas las razones hechas valer, debe sustituirse por “o cualquier otro procedimiento”, eliminándose la expresión “dirigidos a la selección de la raza”¹¹⁰⁹.

Ello significaría que la redacción típica que de lege ferenda se propondría, en lugar de limitar la creación de seres humanos idénticos exclusivamente a las técnicas de clonación, precisaría medios indeterminados de realización de la conducta que sería penalmente relevante en tanto busque crear y sin una finalidad terapéutica, **por cualquier medio**, la generación de seres humanos idénticos y/o “idénticamente modificados”.

Ahora bien, por último y antes de conceder un carácter permanente o **resolutorio a nuestra afirmación** en el sentido de que el delito prevé un tipo cuya hipótesis delictiva es sólo la creación de seres humanos idénticos por clonación, por tanto que el enunciado “*u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza*” se refiere, entre otras, a prácticas eugenésicas de modificación del contenido genético previas a esa creación por clonación y que por tanto constituye una conducta que por las razones aludidas, debe suprimirse del tipo penal, **debemos cotejarla** frente a los resultados a que darían lugar los siguientes dos supuestos:

- ◆ **Previamente se manipula la información genética y posteriormente se utiliza para la creación por clonación de más de uno, lo que traerá como resultado la creación de seres humanos idénticos (entre si).**
- ◆ **En el mismo supuesto (manipulación previa) se crea por clonación un sólo ser humano, en que el resultado será la creación de un ser no idéntico a ningún otro, nacido o no nacido.**

En efecto, si optamos por la desaparición del enunciado “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, resulta obvio que en el primer supuesto de cualquier manera quedarían considerados tanto el desvalor que la acción de manipulación genética representa así como el de la clonación, apreciando un concurso entre los artículos 159.1 y

¹¹⁰⁹ En dirección similar, los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida recomendaron en su I Informe que se modifique el texto del tipo penal, de manera que se suprima del artículo 161.2 la expresión “dirigidos a la selección de la raza. Cfr, I INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, ob cit, pág. 47.

161.2¹¹¹⁰. Sin embargo, en el caso de la segunda hipótesis ¿podríamos apreciar el desvalor de la clonación o sólo aquel vinculado al tipo del artículo 159.1 del CPE?.

Dicho de otra forma, en un caso en que la clonación se realiza por ejemplo, a través del método de intercambio nuclear, es decir, en que la información genética del núcleo sustituto se modifica mediante métodos de manipulación genética y se crea un solo ser humano, ¿podría invocarse o considerarse agotados los extremos de ésta figura típica, misma que requiere que los **seres humanos** creados por clonación resulten o sean idénticos genéticamente?

En realidad, la respuesta es que éste supuesto no permite apreciar el desvalor de la clonación ni considerar agotados los extremos del tipo del artículo 161.2, pues lo que resulta evidente de la literalidad del tipo penal es que se requiere que el ser creado sea idéntico a otro ser humano, que en éste caso no existe y por tanto no se da.

Consecuentemente, en una hipótesis como esa sólo cabría considerar la conducta en el marco del artículo 159.1 del CPE¹¹¹¹, incluso aun y cuando la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” permaneciera en la estructura del delito.

Lo antedicho nos lleva a cuestionar si la expresión del artículo 161.2 “creación de seres humanos idénticos” sólo se refiere a la generación de dos o más seres *nuevos* y/o genotipos *idénticos*, *clónicos*, o si también comprende la creación sin manipulación previa de uno solo¹¹¹² a partir de un ser/genotipo preexistente, momento a partir del cual existirán “seres humanos idénticos”¹¹¹³. Desde nuestro punto de vista, dado que la respuesta está innegablemente vinculada a la determinación del bien jurídico, tendremos que responderla hasta en tanto lo hayamos precisado y en la medida en que, una vez precisado, las técnicas de clonación sean capaces de lesionarlo o cuando menos amenazarlo.

¹¹¹⁰ Ese resultado, que consideramos consecuente y conveniente, también se apreciaría en el supuesto de que la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, con el contenido que le hemos atribuido, no se suprimiera del tipo penal, sólo que ello lo abarcaría en la misma figura típica del artículo 161.2 y sin la necesidad de remitirse a un concurso con la norma del artículo 159.1. No obstante, el inconveniente de ello radicaría en que habría que considerar que el tipo penal tutela además del bien jurídico que se estime de la clonación - diversidad, identidad genética, etc, etc, el bien jurídico inalterabilidad del patrimonio genético, ya abarcado por el artículo 159.1.

¹¹¹¹ Empero, si la razón de la manipulación previa a la clonación es terapéutica, tampoco cabrá estimar satisfechos los extremos del tipo del artículo 159 ni del tipo del artículo 161.2, en los términos señalados.

¹¹¹² Es de esa opinión GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 691, para quien el resultado consiste en la creación de uno o más seres humanos idénticos.

¹¹¹³ Esta última es la posición a la que se adhiere el *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 213 y 214.

En síntesis, lo que si podemos ahora adelantar es que; el tipo penal del artículo 161.2 prevé sólo la creación de una hipótesis delictiva consistente en la creación de seres humanos idénticos a través de aquel procedimiento o técnica que se defina como clonación, y; que el tipo penal no comprende la hipótesis en que primero y por la razón que fuera, se manipule el contenido genético que, posteriormente, será una sola vez replicado o clonado.

Finalmente y sobre esto último, ese resultado - la imposibilidad de apreciar como desvalor la conducta de clonación en el caso de una manipulación genética previa, con o sin finalidad terapéutica, que daría origen a un ser humano no idéntico por clonación - debe cotejarse frente a la evidente desaparición del ámbito administrativo de aquella conducta (inciso I) artículo 20.2.B) Ley 35/1988) que, precisamente, preveía como infracción la creación de seres humanos no idénticos por clonación, lo cual hace que nos preguntemos si el legislador quiso dejar, consciente o inconscientemente, abierta la puerta a la creación de seres humanos no idénticos por clonación en aquella vertiente como la señalada, ciertamente posible, en la que sólo un ser humano con un contenido genético modificado sea creado a partir de una clonación, y no sea idéntico genéticamente al ser humano del cual provenga ni de ningún otro. Es decir, ¿es ello una laguna jurídica o cabría atribuirle, directamente, a una decisión implícita de permisibilidad y legitimidad por parte del legislador?¹¹¹⁴.

En realidad, además de que parece difícil determinar si el legislador ha querido permitir o prever la posibilidad y por ende la permisibilidad de realizar un cierto tipo de clonación humana reproductiva que quedaría al margen del ámbito administrativo y también penal, o si en realidad ello aparece así, reitero, no porque intencionalmente el legislador haya querido señalar excepciones a la prohibición de la clonación humana reproductiva, sino por defecto de concreción en el tipo, derivado, entre otras razones, de la supresión del inciso I) de la Ley 35/1988 ya comentado, lo importante es tomar consciencia de que esa posibilidad cabe y de que todas las demás consideraciones a las que nos hemos acercado no deben escapar al análisis que a continuación realizaremos de la figura penal.

En ese orden de ideas, independientemente que se considere que el tipo penal comprende dos hipótesis delictivas distintas o autónomas, o bien que se estime que el tipo sólo comprende una hipótesis delictiva, dado que en ambos casos compartimos y llegamos a la conclusión que la acepción "u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza" es una expresión que resulta aconsejable que desaparezca del tipo, nuestro análisis dogmático

¹¹¹⁴ Para ALBIN ESER, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR TANNER Y ERNST - LUDWIG WINNACKER: "La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético jurídica" ob cit, pág. 106, ello constituye un vacío que da lugar a una laguna dentro del Ordenamiento alemán, el cual requiere que la producción artificial de un embrión humano se genere con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta. Pero, preguntan ¿y si la información genética se modifica de manera que ya no será idéntica?.

girará, precisamente, sólo en torno a la creación de seres humanos idénticos por medio de la técnica de clonación.

5.1.1) El bien jurídico protegido.

Según hemos referido a lo largo de la investigación, la opinión general que puede recogerse en la doctrina es prácticamente uniforme, estimando (estigmatizando) que cualquier forma de clonación reproductiva humana implica intervenir en la autenticidad genética del hombre, adulterándola, destruyendo el derecho a la identidad genética y a la individualidad, lesionando la dignidad humana en virtud de que se priva al hombre del derecho a ser biológicamente único, original e irrepetible.

Así, estas ideas se han concretado a través de fórmulas tales como; el bien jurídico se enmarca en el **desarrollo evolutivo de la especie humana**, centrándose específicamente en la propia **identidad genética** de cada uno de los individuos que forman o van a formar la comunidad constituida por la especie humana¹¹¹⁵; se tutelan la **identidad e irrepetibilidad de la persona humana** (destrucción de la personalidad)¹¹¹⁶; se pone en peligro la **individualidad** y la **identidad del ser humano**, pues se impone una identidad distinta a un óvulo ya fecundado que tenía originariamente sus propias características.....por lo que parece evidente que éste tipo de técnicas deben ser prohibidas en la medida en que se utilicen para fabricar seres humanos, no ya sólo por la lesión del derecho a la individualidad, identidad y a la propia autenticidad del ser humano, sino por el **riesgo que todo ello representa para la propia humanidad**¹¹¹⁷; en cuanto bien jurídico el primer valor que se protege es el de la **dignidad humana y la propia libertad de los individuos**¹¹¹⁸; el objeto de protección lo conforma la **identidad genética de cada uno de los individuos** que integran la especie humana¹¹¹⁹; nuevamente se protege la **herencia genética**¹¹²⁰; se tutela el derecho a la propia **identidad del ser humano**, bien jurídico protegido que se configura como la **inalterabilidad e intangibilidad del ser humano**¹¹²¹; el bien jurídico tiene una naturaleza eminentemente personal o individual, definido en la **identidad e irrepetibilidad**

¹¹¹⁵ Ver, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 477.

¹¹¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", ob cit, pág. 68.

¹¹¹⁷ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 130.

¹¹¹⁸ SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131.

¹¹¹⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 457;

¹¹²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 833; RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1950; ALBERRUCHE DÍAZ FLORES: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 72.

¹¹²¹ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 776.

del ser humano, el cual constituirá el objeto del derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo y distinto a los demás.....no obstante el carácter individual del bien jurídico, el delito se encuentra también teñido por la confluencia de determinados intereses colectivos que se refieren al mantenimiento de la **diversidad genética como interés de la humanidad**¹¹²²; el bien jurídico es de carácter colectivo, situado en la **identidad e irrepetibilidad del ser humano**¹¹²³; o en los **factores evolutivos de la variabilidad genética y la reproducción diferencial**¹¹²⁴.

Aunado a lo anterior, también se han empezado a vislumbrar de manera específica como *bienes jurídicos potencialmente afectados en la hipótesis de una clonación con finalidad reproductiva, la instrumentalización del embrión*, y particularmente referido a partir de una transferencia de un núcleo proveniente de una célula diferenciada de un individuo ya nacido, los identificados en la **integridad física** de los niños nacidos por medio de estas técnicas y en el derecho a una **doble progeñe biológica**¹¹²⁵.

Es decir, en principio obsérvese que el bien jurídico en la hipótesis de una clonación reproductiva es ubicado en la doctrina desde una perspectiva individual cuanto colectiva, residiendo:

- i) Desde una perspectiva colectiva en; El **desarrollo evolutivo de la especie humana**, referida al mantenimiento de la **herencia y diversidad genética como interés de la humanidad** cuya heterogeneidad reside en la identidad e irrepetibilidad "genética" de todos los seres humanos, y:
- ii) Desde la perspectiva individual concretada en; la **dignidad humana**, la **libertad**, **identidad**¹¹²⁶, **individualidad**¹¹²⁷, **inalterabilidad**¹¹²⁸,

¹¹²² GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 689 y 690. También así, SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág. 642 y 643, quien se decanta por la tesis individualista del bien jurídico en la primera hipótesis - identidad genética del ser humano -.

¹¹²³ ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 176.

¹¹²⁴ HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 247.

¹¹²⁵ *Informe Sobre la Clonación*, ob cit, pág. 193 y 194. El mismo Informe identifica también como posibles bienes jurídicos individuales afectados, la identidad genética así como el derecho del futuro hijo de tener un padre y una madre genéticos de los cuales pueda ser privado el nacido de manera deliberada, cuando quien solicita la clonación es una persona sola.....

¹¹²⁶ Según el Diccionario de la Lengua Española, Identidad significa; Calidad de idéntico. Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca.

¹¹²⁷ Individualidad: Calidad particular de una persona o cosa, por la cual se da a conocer o se señala singularmente.

intangibilidad¹¹²⁹, irrepetibilidad¹¹³⁰, integridad física y en el derecho del ser humano en cuanto futura persona a tener un padre y una madre genéticos¹¹³¹.

Pero ¿qué significa o quieren decir los autores cuando señalan que el bien jurídico protegido estriba en que al ser humano *no se le altere, no se le toque, no se le repita, o no se le divida?* En otras palabras, ¿a qué se refieren cuando arguyen que la clonación reproductiva humana lesiona la dignidad humana y la libertad, o qué es capaz de alterar a un ser humano, de “tocarlo”, repetirlo, o dividirlo?, ¿qué es la identidad de una persona?, ¿cómo se obtiene o desarrolla?, ¿qué es y/o en qué consiste la individualidad de un ser humano o de una persona?, ¿depende de la identidad genética o de los genes?¹¹³², etc.

Según se puede observar, a lo que se refieren y lo que aparentemente se quiere evitar, es que una **persona** determinada sea **replicada**, por tanto se quebranta el derecho del ser clonado a ser **único e irrepetible** al momento en que su **identidad genética es dividida o compartida** por otro ser humano, en la medida en que ello implica una determinación y consecuente pérdida de la personalidad, que destruye la individualidad y libertad del futuro ser con la consecuente lesión a su dignidad humana.

¿Es eso cierto?. Un ser humano clonado, y por lo tanto, con un contenido genético que no será único, sino repetido; ¿habrá perdido su identidad, o individualidad, o su personalidad, o el ejercicio de su libertad y dignidad?. ¿Es esto posible?.

¹¹²⁸ Inalterabilidad: Calidad de inalterable. Inalterable: que no se puede alterar.

¹¹²⁹ Intangibilidad: Calidad de intangible: Intangible: que no debe o puede tocarse.

¹¹³⁰ Irrepetible: Que no puede ser repetido./ No volver a hacer lo que se había hecho. Cfr, Gran Diccionario de la Lengua Española, Larousse 1996.

¹¹³¹ Destaca el hecho de que prácticamente ningún autor precise como bien jurídico en éste delito la vida, salud, identidad, etc del embrión en sí mismo. Y si ello destaca no es precisamente porque nos sorprenda que no se le considere en cuanto tal al embrión no anidado, sino porque ello significa que, en el supuesto de que los argumentos esgrimidos fuesen superados, no podría oponerse como ya antes señalamos, el argumento de la instrumentalización de los embriones humanos no anidados ante los no pocos de ellos que tendrían que utilizarse para desarrollar y perfeccionar dichas técnicas.

¹¹³² Las respuestas a esas interrogantes entendemos que han quedado resueltas dentro del capítulo II del trabajo, pues efectivamente, la individualidad entendida como aquella calidad particular de una persona por lo cual se da a conocer, es algo que evidentemente se construye a través de un sin número de experiencias e influencias cotidianas en donde los genes no juegan el papel determinante. Es decir, nadie se da a conocer por su particularidad genética sino por sus propios actos, y en la medida en que el contenido genético no condiciona la realización de la conducta, es obvio que la identidad e individualidad en una persona no se afecta por el hecho de compartir una identidad genética.

Indudablemente que en este momento, antes de entrar al análisis de los elementos del tipo objetivo del injusto, *es necesario para determinar él o los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal, recordar las diferencias específicas de las distintas técnicas de clonación* y el conjunto y serie de premisas - conclusiones - que previamente se extrajeron de la primera parte de la investigación y que deben servirnos, nuevamente, para valorar según corresponda, cada una de las técnicas de clonación y la forma en que inciden, o no, sobre los bienes jurídicos señalados.

Empero, permítasenos adelantar que en realidad una gran mayoría de las tantas acepciones doctrinales utilizadas sobre lo que constituye el bien jurídico a tutelar - en su vertiente individual - no son sino diversas formas con las que se intenta concretar la misma idea del bien jurídico que el tipo penal busca proteger en función de las supuestas consecuencias que tendría la clonación reproductiva humana sobre el sujeto así generado.

Destacado ello, rescatemos algunas de las premisas obtenidas de la investigación:

- a) No es posible determinar características psíquico mentales mediante los métodos de clonación (biología molecular) y menos aún su manipulación selectiva.
- b) Los genes no generan conductas ni la conducta humana se hereda, es decir, no viene fijada por los genes sino a través de complejas mediaciones en las que la estructura social desempeña el determinante y más importante papel.
- c) La similitud del contenido genético no condiciona ni determina la personalidad e individualidad de la persona, y por ende su libertad. Los seres humanos con idéntico patrimonio genético (gemelos monocigóticos) tienen personalidades propias y únicas al experimentar influencias externas distintas, lo que significa que la individualidad y la identidad del ser humano no se agota en su dotación genética, sino que es resultado de un constante desarrollo de interacción con el ambiente.
- d) La clonación reproductiva humana por medio de la división mecánica de los embriones (gemelación) no implica modificación, sustitución o supresión de contenido genético alguno, ni la duplicación de un ser nacido preexistente, vivo o muerto, ni la privación para el futuro ser humano al derecho a tener un padre o madre genéticos o al derecho a tener una dotación genética doble, ni un riesgo para la integridad física del futuro ser ni para la identidad personal.

e) La clonación por medio del trasplante del núcleo proveniente de un ovocito a otro, previamente enucleado, que hasta entonces sería fecundado, o por medio de trasplante del núcleo de un blastómero - proveniente de un embrión obtenido por fecundación in vitro, y que posee mitocondrias defectuosas - a un citoplasma de un óvulo donado y enucleado, que podría utilizarse para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria al futuro ser humano, tampoco implica la modificación, supresión o sustitución de contenido genético perteneciente a ser humano alguno, ni traerá como resultado que el ser humano así creado sea idéntico a algún otro o, que su dotación original se modifique o destruya, dado que mantendrá la dotación genética que se corresponde con la reproducción sexual¹¹³³, o que en ello se identifique (en la técnica) un riesgo para la integridad física o identidad personal del futuro ser así generado.

f) La clonación reproductiva realizada a través de la transferencia del núcleo a partir de una célula proveniente de un ser ya nacido a un óvulo previamente enucleado, del cual previamente ha sido removido su información genética, se insiste, tampoco comporta la modificación o sustitución de contenido genético perteneciente a ser humano alguno, aunque exigirá necesariamente la identidad genética entre la célula donante y la célula receptora, lo que significará la creación de un ser humano con idéntico contenido genético a un ser preexistente. Sólo en el caso hipotético de que la clonación se realice a partir del núcleo de una célula de la propia mujer, dará como resultado que el ser humano así creado será privado del derecho a tener una madre y un padre biológico.

g) Se reitera, no cabe hablar de una identidad personal o personalidad determinada a consecuencia de la clonación reproductiva en cualquiera de sus modalidades, ya que la conducta humana esta profundamente influida por factores físicos, fisiológicos, sociales geográficos, etc, ello es, por el entorno en que el individuo se ha desarrollado y se desarrolla.

h) La clonación no reproductiva a través de la cual se crea un preembrión humano que será utilizado para cualquier otro fin que no sea su desarrollo y futuro nacimiento, se enfrentará al derecho o interés que, dependiendo del estatuto jurídico que del preembrión humano preimplantatorio, se establezca. Lo mismo acontecerá en torno a la clonación reproductiva en cualquiera de sus modalidades en aquellos casos en que, o bien el

¹¹³³ Salvo las mitocondrias de sus células que corresponderán a las que aportará el óvulo donado y enucleado.

preembrión obtenido sea sacrificado o no destinado a la procreación, o cuando para la obtención de uno o varios téngase que destruir uno sólo de ellos.

Consecuentemente, si **los bienes jurídicos** que finalmente se estiman debe proteger la norma penal **se concretan** en la diversidad genética, la identidad genética, el derecho a un padre y una madre biológicos, el derecho a una doble dotación genética, la integridad física del futuro ser y, la instrumentalización del embrión humano, será evidente que en aquellas vertientes en que la clonación no los ponga en peligro o no los lesione, aún y cuando la acción y el resultado concretado en la creación de seres humanos idénticos se adecue a la descripción de la parte objetiva y subjetiva del tipo, no deberá dar lugar a juicio de reproche alguno.

Seguidamente, si se admite bajo una **perspectiva colectiva** que sólo en casos extremos la clonación humana reproductiva pondría en peligro el bien jurídico colectivo que se ha identificado en la diversidad genética de la especie humana, por cuanto que la masiva repetición¹¹³⁴ de un determinado acervo genético podría llegar a perjudicar la heterogeneidad necesaria para el desarrollo y supervivencia de los seres humanos, y pese a que no es menos cierto "que se trata más bien de una advertencia, dado que los riesgos de empobrecimiento del patrimonio genético humano serán muy remotos"¹¹³⁵, tenemos que llegar a la conclusión, anunciada, de que no en todo caso ni en todas las modalidades de clonación reproductiva podrán apreciarse las correlativas posibilidades de lesión o amenaza al bien jurídico.

Así, también desde la **perspectiva individual** del bien jurídico y a la luz de las conclusiones extraídas de los datos científico objetivos aportados, nos parece difícil coincidir con la doctrina cuando se afirma *indistintamente* que la clonación reproductiva humana lesiona el derecho a la libertad, dignidad humana, individualidad, libre desarrollo de la personalidad, inalterabilidad, intangibilidad, identidad, etc, *en tanto que entienden o sugieren que la falta de identidad genética es sinónimo de identidad personal o predeterminación* y consecuentemente la pérdida de dichos derechos básicos y fundamentales incorporados en la dignidad humana como valor o núcleo axiológico del marco y orden constitucional español.

Por el contrario, hemos visto e insistido en que una determinada "identidad genética" no genera ni personas, ni personalidades, ni caracteres, ni virtudes, ni defectos, por lo que, siendo honestos, no puede seguirse sosteniendo a través de fórmulas abstractas y generales que toda clonación reproductiva en cualquiera de sus variantes lesiona los "bienes

¹¹³⁴ Cuando la clonación reproductiva humana se realice para crear varios seres humanos idénticos y no para paliar un problema de esterilidad.

¹¹³⁵ INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit, pág. 190.

jurídicos individuales” asentados en tales categorizaciones, sino que más bien estamos obligados a distinguir y precisar en cuáles casos si y en cuáles casos no, es posible la lesión o puesta en peligro de cualesquiera de los bienes jurídicos hasta ahora enunciados.

Entendido ello; ¿cuáles de esos bienes jurídicos se lesionan con la clonación reproductiva por medio de la separación embrional u gemelación artificial?.

Volvemos a repetir que, indudablemente, con ésta técnica *ni se lesiona o pone en peligro el bien jurídico colectivo identificado en la diversidad genética* de la especie humana, *ni los bienes jurídicos individuales*, concretados en el admisible derecho a tener un padre y una madre biológicos, en el derecho a tener una dotación genética doble, en la integridad física o en la irrepetibilidad o identidad genética del futuro ser, pues, sobre esto último, lo hemos dicho ya hasta la saciedad, pensar en que la identidad biológica o genética de dos seres humanos resulta incompatible con la individualidad humana de cada uno de ellos, es una postura insostenible ya que la identidad personal no depende ni reside de los rasgos o características genéticas o biológicas.

Sin embargo, si partimos o admitimos que la descripción del resultado del tipo penal “creación de seres humanos idénticos” abarca la hipótesis de una acción que de lugar a la generación por clonación de dos o más seres humanos, idénticos, tenemos que resolver si en el supuesto de ésta técnica de gemelación, por el que se crean en el mismo procedimiento - in vitro - un embrión genéticamente idéntico a otro, es posible considerar ya realizado el resultado típico.

Para el profesor ROMEO CASABONA, el tipo penal no abarca las técnicas de clonación en sí mismas, sino la creación de seres idénticos por clonación, lo **que implica que nazcan varios seres humanos** fruto de esa técnica portadores de una misma dotación genética, de manera tal que la obtención de varios embriones a partir de otro, con fines reproductivos, y siempre que sólo se de lugar a la gestación y nacimiento de uno de todos ellos, no sería una conducta que quedase abarcada por el tipo¹¹³⁶.

En esa misma línea, el Informe Sobre la Clonación concluyó que el tipo penal abarca las acciones que dan lugar al nacimiento de un ser humano que posee un genoma nuclear idéntico a otro u otros, ya nacido, vivo o muerto, o que ha sido fruto del mismo o simultáneo embarazo.

Por consiguiente, consideró que no afecta a éste tipo penal la gemelación artificial u obtención de varios preembriones humanos a partir de otro previo para utilizarlos con el fin de intentar el embarazo de una mujer, siempre que sólo se de lugar a la gestación y

¹¹³⁶ Cfr; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 176.

nacimiento de uno de todos ellos, en tanto que, entiende el Informe, la consecución de un embarazo gemelar incurriría en la prohibición de la norma, pues se formarían dos seres idénticos entre sí¹¹³⁷.

También GRACIA MARTÍN, después de destacar la bondad e utilidad de esta técnica de *clonación* en el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, concluye, en una línea muy similar, que la producción de embriones genéticamente idénticos no es un hecho que pueda constituir el resultado típico del delito; ¿Porqué?. La respuesta la esgrime argumentando que, literalmente, “el artículo 161.2 está configurado únicamente por la producción de seres humanos idénticos”¹¹³⁸.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, creemos que la práctica misma de la técnica de gemelación si da lugar, formalmente, y desde ese preciso momento, al resultado típico de creación de seres humano idénticos, y por lo tanto, que la descripción típica se satisface. Sin embargo, también somos de la opinión de que ello es una conducta que, precedida de una finalidad procreativa, debe quedar extramuros del tipo penal. ¿Porqué o cómo?. Desde nuestro punto de vista esto se resolverá de la respuesta a una reiterada pero obligada interrogante; ¿la realización del resultado lesiona o pone en peligro alguno de los bienes jurídicos?.

Por tanto, si bien coincido, obviamente, con la afirmación del profesor ROMEO CASABONA acerca de la atipicidad de la conducta en el caso de ésta clonación que persiga una finalidad reproductiva, algunas matizaciones deben hacerse.

Supongo que cuando afirma que el tipo penal no abarca las técnicas de clonación en sí mismas, sino la creación de seres idénticos por clonación, lo “que implica que nazcan varios seres humanos fruto de esa técnica”, es porque está partiendo del hecho de que mientras no nazcan más de dos seres humanos genéticamente idénticos no es posible apreciar un peligro o lesión al bien jurídico de naturaleza colectiva que él identificó en la identidad e irrepetibilidad del ser humano.

Sin embargo, (e independientemente de que compartamos o no esa opinión) sí incorporamos al escenario de la reflexión como bien jurídico individual aquel identificado en la

¹¹³⁷ INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit, pág. 215. Obviamente, como mantenemos en estas líneas, esa posición es insostenible, entre otras razones, porque el Informe no prevé o no quiso prever qué es lo que pasaría en el caso en que la transferencia al útero de los seres humanos gemelados termine en la implantación de más de uno de ellos. Ciertamente, dado que no se podría plantear reducir el embarazo por tanto que una conducta así encuadraría en la hipótesis típica del delito de aborto, es obvio que tampoco podría considerarse la posibilidad de reprochar esa conducta, insisto, entre otras razones, porque el o los bienes jurídicos en juego no se amenazan ni se lesionan.

¹¹³⁸ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 691.

no instrumentalización, o lo que es igual, - la vida del preembrión mismo creado por estos medios - no es posible coincidir en que sólo se satisfacen sus extremos típicos hasta en tanto nazcan varios seres humanos idénticos (más de uno) fruto de esas técnicas, pues si a través de una técnica de clonación como la consistente en la gemelación o separación de los embriones se crea otro, sin finalidad procreativa, aún y cuando no de lugar a la gestación y nacimiento incluso de ninguno de ellos, el tipo penal estará satisfecho, ya que el hecho de que los embriones clonados, premeditadamente, no se implanten y no se inicie la gestación o el futuro nacimiento, (momento en que bajo su postura se comprometería el bien jurídico en su dimensión colectiva) no obsta para considerar que la afectación al bien jurídico en éste perfil individual no se ha realizado al momento en que se verifica el resultado al que el tipo penal se refiere - creación de *seres humanos idénticos* - colmándose así sus extremos típicos.

Por ello mismo, lógicamente que discrepamos con las afirmaciones de GRACIA MARTÍN pues no se puede desconocer que un preembrión humano es un ser humano, y que por lo tanto el tipo penal si abarca la creación de los mismos¹¹³⁹.

En otras palabras, sólo si el tipo penal señalase “creación de personas idénticas por clonación”, o “nacimiento de seres humanos por clonación” entonces podríamos coincidir que en tanto el embrión o los embriones clonados, en esta y cualquier otra técnica, no se implanten, se desarrollen y nazcan, dicha conducta permanecería al margen del tipo penal. No obstante, reitero, ni de la configuración del bien jurídico individual ni de la redacción típica se requiere, pues no se aprecia en ninguna parte del tipo, que los seres humanos clonados nazcan y se “conviertan” en personas para que el tipo penal quede colmado en sus extremos típicos.

Al margen de ello, estimamos que nuestro planteamiento es defendible si recordamos que para evitar el nacimiento de gemelos idénticos **separados en el tiempo**, aceptamos la proposición del Informe Sobre la Clonación cuando sugiere que para evitar ese inconveniente, sólo se gemelen los preembriones que se van a utilizar en la misma técnica de transferencia al útero materno.

Es decir, si bien la gemelación implica la realización formal del resultado, “creación de seres humanos idénticos”, la finalidad procreativa impide, a nuestro juicio, considerar lesionado o puesto en peligro el bien jurídico individual - no instrumentalización del embrión en cuanto vida humana -, y por el otro lado, si de esa gemelación y posterior transferencia se

¹¹³⁹ El INFORME SOBRE LA CLONACIÓN, ob cit, pág. 213, se pronuncia en contra y considera que el término “seres humanos” no incluye a los embriones in vitro; dicha aseveración la funda en que a su juicio, el contexto de la Ley, “de donde trae causa el delito”, abunda la exclusión del embrión, tanto por las referencias expresas diferenciadas al mismo ser humano, cuanto por el sentido de las infracciones administrativas derogadas al incorporarse al CP como delito.

genera un embarazo gemelar, - se implantan dos embriones - y éste termina en el nacimiento de dos seres humanos, idénticos, tampoco podemos observar la lesión o puesta en peligro a alguno de los bienes jurídicos individuales destacados, o incluso del bien jurídico colectivo - diversidad genética - por cuanto que éste requiere de la creación de muchos, varios, quizá decenas, para poder amenazarlo o lesionarlo.

En síntesis, para nosotros sólo sería posible justificar o sostener la prohibición de la creación de seres humanos a través de la técnica de clonación, y en particular por medio de la técnica de gemelación, desde o bajo una perspectiva individual del bien jurídico, en sintonía con el tipo del artículo 161.1, cuando su creación obedezca a cualquier otra finalidad que no sea su futura implantación o desarrollo dentro del útero de una mujer, es decir, cuando se creen seres humanos por clonación con cualquier finalidad distinta a la procreación, y fuera de los límites a los que nos hemos referido en la investigación¹¹⁴⁰, pues si está prohibido crear un embrión sin finalidad procreativa a través de la fecundación asistida de un óvulo humano, es necesariamente consecuente, para no incurrir en un contrasentido galopante, que se prohíba la misma creación de un embrión sin finalidad procreativa a través de las técnicas de clonación.

Ello significa o explica porque bajo la perspectiva colectiva del bien jurídico puede considerarse que la expresión del tipo penal que define el resultado de la acción prohibida, "creación de seres humanos idénticos" no comprendería la creación de un sólo ser humano, idéntico a otro preexistente, por tanto que no es posible observar en ello una lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo identificado en la diversidad genética, y porque, a contrario sensu, bajo la perspectiva del bien jurídico individual propuesto, o incluso bajo la perspectiva de algunos de los otros bienes jurídicos individuales destacados por la doctrina, la conducta de clonación utilizada para crear incluso un sólo ser humano, pero orientado a su destrucción, si podría quedar comprendida como típicamente relevante de esta figura típica.

Por ello, siendo coherentes, también desde esta perspectiva la creación de un preembrión a través de la acción típica de clonar con la finalidad de realizar un diagnóstico preimplantatorio, incluso objetivamente indicado y necesario, es una conducta que sólo quedará extramuros del tipo de éste delito en la medida en que el diagnóstico no suponga su inutilización para la reproducción, ello es, que no lleve aparejado su necesaria destrucción y/o inviabilidad, pues de lo contrario, al igual que como lo afirmamos en el caso de la hipótesis del tipo del artículo 161.1, es imposible identificar inicialmente en su creación con esa finalidad - la práctica de un diagnóstico - una finalidad procreativa.

¹¹⁴⁰ Esta posición resulta consecuente con el ya analizado artículo 161.1, por lo que bajo ésta perspectiva, el bien jurídico individual habría que concretarlo en la vida del preembrión creado a través de la clonación frente a aquellas acciones o conductas que lo amenacen.

Por consiguiente, si la clonación reproductiva por medio de la cual se lleva a cabo la creación de seres humanos idénticos a través del procedimiento de separación embrional o gemelación no amenaza ni lesiona los bienes jurídicos que se pretenden tutelar a través de la norma penal del artículo 161.2, deberá concluirse que ésta técnica constituirá una forma atípica de realización de un resultado prohibido¹¹⁴¹.

¿Cuáles de esos bienes jurídicos se lesionan o ponen en peligro con la clonación reproductiva a través de la transferencia de núcleos provenientes de un ovocito a otro, previamente enucleado, que hasta entonces sería fecundado, o por medio de transplante del núcleo de un blastómero - proveniente de un embrión obtenido por fecundación in vitro, y que posee mitocondrias defectuosas - a un citoplasma de un óvulo donado y enucleado?.

También en ésta variante de las técnicas de clonación reproductiva hemos visto que en realidad su práctica no implica la modificación, supresión o sustitución de contenido genético perteneciente a ser humano alguno, ni trae como resultado que el ser humano así creado sea idéntico a algún otro o, que su dotación original se modifique o destruya, dado que mantendrá la dotación genética que se corresponde con la reproducción sexual, o que en el desarrollo de ésta particular técnica se identifiquen o prevean efectos secundarios desconocidos que signifiquen un riesgo para la integridad física del futuro ser así generado.

Es decir, si con la práctica de la técnica no se identifica lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos precitados, cabría afirmar que el desarrollo de la conducta y la realización del resultado tampoco quedarían abarcados por el tipo penal del artículo 161.2 del CPE.

Y eso lo sostenemos aún y cuando en una gran cantidad de esos casos - en que la transferencia se realice a partir de un blastómero - cabe la posibilidad de que el embrión del que se obtengan los núcleos se destruya al momento de separar los blastómeros, caso en cuyo cual, insistimos, no podría apreciarse en ello una acción típicamente relevante de éste delito por tanto que, si bien ello es probable, no es axiomático, ya que existe la posibilidad de que la extracción de los blastómeros del embrión no impida que continúe con su desarrollo, y además, porque en realidad *en ese supuesto el embrión humano que podría destruirse no fue creado con esa o con cualquier otra finalidad que no sea reproductiva*, sino que el proceso que se encuentra amparado en una finalidad terapéutica y reproductiva directa, se realiza a partir de un ser ya existente.

¹¹⁴¹ En otras palabras, podríamos llegar a la permisibilidad o atipicidad de esta conducta a través, como lo hemos hecho, de la reflexión en torno al bien jurídico o bien, como se hará seguramente en el futuro, **diferenciando o separando la técnica de gemelación o separación embrional de la clonación en sentido estricto.**

¿Cuáles de esos bienes jurídicos se lesionan o ponen en peligro con la clonación reproductiva a través de la transferencia del núcleo de una célula proveniente de un ser humano ya nacido?

En incontables ocasiones hemos destacado que la clonación reproductiva en ésta vertiente, y cuya consecuencia es la configuración de seres humanos con idénticos genotipos, tampoco compromete, determina o destruye la identidad personal y la individualidad del futuro ser.

Del mismo modo, creemos haber dejado claro las razones por las cuales los riesgos de un empobrecimiento del patrimonio genético derivados de la clonación reproductiva son tan remotos, más aún cuando ésta se oriente exclusivamente a resolver un problema de infertilidad o esterilidad humana, que el bien jurídico colectivo señalado por la doctrina acerca de la diversidad genética no puede siquiera considerarse que se expone, amenaza o lesiona. Asimismo, y por las razones expuestas en el desarrollo de la investigación, afirmamos que no cabría oponer frente al sugerido bien jurídico incardinado en el derecho a una doble progenie biológica, salvo en el caso de una clonación que parta de una célula a un óvulo enucleado de la misma mujer, una definitiva objeción de éste tipo de clonación.

E igualmente, de modo alguno la "instrumentalización del embrión humano" - por las razones anteriormente citadas y que consideramos ocioso repetir - puede estimarse lesionado o en su caso, injustificado, ante la finalidad procreativa que acompaña la clonación en la modalidad reproductiva de la que nos estamos ocupando.

Consecuentemente, sólo a través de la presencia de los riesgos o efectos secundarios inaceptables que podrían llegar a poner en riesgo la *integridad física del futuro ser humano* puede fundamentarse y justificarse la prohibición e incluso sanción penal de la clonación humana reproductiva a partir de una transferencia de una célula de un ser ya nacido, sin que obste reiterar que en la medida en que los riesgos se conozcan y una vez ponderados no se califiquen como inaceptables, la prohibición de la finalidad procreativa de ésta variante de clonación para casos irreversibles de infertilidad o esterilidad humana desaparecerían¹¹⁴².

Finalmente, para nosotros, ni duda cabe, la clonación humana no reproductiva, entendida como procedimiento de investigación y experimentación científicas entre cuyas

¹¹⁴² En la misma línea, el *Informe Sobre la Clonación*, recomendó expresamente que no se debe descartar la posibilidad de eliminar en el futuro, la prohibición de la clonación reproductiva como procedimiento frente a la infertilidad de la pareja y como medio de evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia, una vez que las reservas sobre la seguridad de estas técnicas hayan sido superadas. Cfr *INFORME SOBRE LA CLONACIÓN*, ob cit, pág. 229.

finalidades podrían comprenderse fines tan loables como la creación de tejidos u órganos, indudablemente útiles para la cura de determinadas enfermedades, se enfrenta con la protección jurídica del preembrión humano, traducida para éste caso en la prohibición de crear seres humanos por medio de la clonación¹¹⁴³, por cuanto que ello importa una afección al bien jurídico definido en la vida humana del preembrión, o más concretamente, en la no instrumentalización del preembrión humano.

En conclusión, y dado que el legislador no ha distinguido ni entre variantes de las técnicas de clonación ni entre las finalidades, reproductoras o no reproductoras, la prohibición penal del tipo en principio podría entenderse extendida a todas las modalidades de las técnicas definidas como clonación y con cualquier fin, salvo indicación contraria que, como lo menciona el Informe Sobre la Clonación, en todo caso sólo se puede obtener por la vía interpretativa.

Y es precisamente esto último lo que hemos hecho y lo que nos permite concluir que cada una de las variantes de la clonación reproductiva merecen una valoración jurídica individual en virtud de las diferentes posibilidades reales, materiales, de afección a los bienes jurídicos identificados; diversidad genética, identidad genética, derecho a un padre y una madre biológicos, derecho a una dotación genética doble, integridad física del futuro ser y, la instrumentalización del embrión humano

Por tanto, somos de la opinión que la *clonación reproductiva por medio de la separación embrional* o gemelación, o por medio *de la transferencia de núcleos a partir de células embrionales o fetales*, **no queda abarcada por éste tipo penal, ante la ausencia de afectación a cualesquiera de los bienes jurídicos tutelados.**

*Sólo la clonación reproductiva por medio de la técnica de transferencia del núcleo de una célula proveniente de un ser humano ya nacido podría quedar comprendida o abarcada por éste tipo penal, en tanto que su uso o desarrollo según el estado actual de la ciencia, posibilitaría la afectación del bien jurídico integridad física del futuro ser humano clonado*¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ El *Informe Sobre la Clonación* llega al mismo resultado sólo que a través del artículo 161.1 CPE. Es decir, encuentra que la clonación no reproductiva se enfrentaría con la prohibición de crear seres humanos mediante la fecundación, ésta última entendida, se reitera, como cualquier forma de activación del óvulo que sirva para la generación y desarrollo embrional.

¹¹⁴⁴ No obstante, afirmar que el bien jurídico en éste supuesto podría ubicarse en la integridad física de la futura persona no implica reconocer que para su adecuación normativa o consumación se requiera del nacimiento del ser clonado, pues indudablemente que, o una infracción administrativa o un ilícito penal así entendido estaría configurado a través de una estructura de peligro, abstracto o concreto, adelantando la tutela a un momento anterior al de la lesión o al de la puesta en peligro.

Por último, *la clonación humana no reproductiva*, realizada en cualquiera de las variantes - gemelación, transferencia del núcleo de una célula embrional, fetal o adulta, también **quedará abarcada por el tipo¹¹⁴⁵ en cuanto ello se traduce en una instrumentalización del preembrión humano - vida humana** - utilizado o así creado, bien jurídico que a nuestro juicio se encuentra protegido por el tipo que se analiza.

5.1.2) El objeto material.

Si como hemos visto, las técnicas de clonación humana es posible realizarlas a partir, o de un cigoto o preembrión, dividiéndolo, o de una célula embrional, fetal o somática de cualquier ser humano ya nacido, a través de la transferencia de su núcleo a un óvulo, el objeto material tiene que identificarse en los *gametos femeninos* (óvulos), en los *núcleos de las células* provenientes los seres humanos nacidos, y en *los preembriones*, cigotos o fetos de los que fueran tomadas las células para la transferencia o para realizar el proceso de gemelación.

5.1.3) Sujeto activo.

Sin extendernos más sobre esa cuestión, pues los comentarios realizados en torno a los otros delitos son exactamente aplicables para la hipótesis delictiva de la clonación, baste decir que no existe limitación respecto del sujeto activo en virtud de lo cual cualquier sujeto podrá ser autor y participe; ello sin perjuicio de que, aún y cuando la estructura formal del tipo lo permita, de hecho, ante la singularidad de la técnica, sólo los especialistas en ingeniería o ciencia genética podrán ejecutar dichas conductas¹¹⁴⁶.

5.1.4) Sujeto pasivo.

Obviamente que si el bien jurídico lo hubiésemos ubicado en la identidad, inalterabilidad, intangibilidad, individualidad, etc, del ser humano clonado, entendido como el derecho a ser único e irrepetible, el sujeto pasivo habríamos de ubicarlo en aquel individuo así creado cuyos tales derechos habrían sido quebrantados como consecuencia de la clonación.

Empero, a partir de los supuestos de clonación en los que entendimos era posible lesionar el o los bienes jurídicos que estimamos protegidos en su dimensión individual, hay que identificar como **sujeto pasivo, para el caso de la clonación no reproductiva, al ser**

¹¹⁴⁵ MORA MATEO, JOSÉ ENRIQUE, corrobora nuestra opinión y recuerda, a raíz de la decisión del Gobierno Británico de permitir la clonación de embriones humanos sin finalidad reproductiva, que el CPE prohíbe la clonación de embriones con cualquier fin. Cfr; El País, viernes 18 de agosto, 2000, pág. 21

¹¹⁴⁶ Ver por todos; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 109.



humano mismo que haya sido así creado¹¹⁴⁷; en el caso de la clonación reproductiva por medio de una transferencia que parta del núcleo de una célula de un ser humano nacido, a la futura persona y, bajo la posición asumida respecto del bien jurídico en su dimensión colectiva, identificado en la *diversidad genética de la especie humana*, habría que identificar al sujeto pasivo en la sociedad en su conjunto¹¹⁴⁸.

5.1.5) Conducta típica.

Hemos mencionado ya que sólo podríamos apreciar como conducta típica aquella que sea capaz de poner en peligro o de lesionar el objeto de **tutela** de la norma penal. Obviamente, como hemos visto, en la lesión o amenaza al bien jurídico protegido el tipo requiere la realización de resultado típico, traducido en la creación de seres humanos idénticos, por lo cual, también en este caso será necesario para la debida imputación de la conducta y del resultado, a parte de la necesaria relación de causalidad, que la acción típica aparezca como la creadora del riesgo intolerable para el bien jurídico, y que sea ese riesgo exclusivamente el que se realice en el resultado típico.

Ahora bien, si atendemos a las premisas que alcanzamos al realizar las consideraciones previas al análisis en cuestión, debemos recordar que el tipo del artículo 161.2 ha previsto exclusivamente una sola conducta típica - clonación - dirigida a la creación de seres humanos idénticos, de manera tal que, lo volvemos a señalar, es posible señalar que la forma de realización de la acción típica que el tipo describe no comprende cualquier forma posible de creación de seres humanos con contenidos genéticos idénticos, sino tan sólo aquellas que, realizando lo mismo - crear, copiar, reproducir, repetir o duplicar artificialmente varios embriones/seres humanos genéticamente idénticos - estén conceptualizados jurídicamente como "clonación"¹¹⁴⁹.

Por tanto, de lege lata no puede aceptarse opinión o interpretación alguna que concluya que el tipo penal prevé como acción típica, con su escabrosa redacción, cualquier

¹¹⁴⁷ En contra GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 691, para quien el sujeto pasivo no es el sujeto - ser vivo creado a partir de la clonación, sino aquella persona a la que se reproduce o copia. Ahora bien, desde nuestra perspectiva, no es posible coincidir en ello con el autor, pues si así fuera no cabría apreciar el delito en el supuesto en que el ser humano "copiado" diera su consentimiento.

¹¹⁴⁸ En sentido similar BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 479, quien identifica a la comunidad social como sujeto pasivo y al normal desarrollo de la especie humana como bien jurídico tutelado.

¹¹⁴⁹ Esto último cobrará mayúscula importancia en la medida en que la proposición del *Informe Sobre la Clonación*, en el sentido de diferenciar entre la clonación verdadera (transferencia del núcleo de una célula proveniente de un ser humano que ya haya nacido) de la gemelación y de la paraclonación se extienda y obtenga un reconocimiento jurídico expreso.

forma de creación artificial de seres humanos idénticos llevada a cabo mediante cualquier procedimiento.

5.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.

Como quiera que al tipo se le interprete, indudablemente que el legislador previó un delito de **resultado material**, ya que para la realización del delito debe producirse la creación de seres humanos idénticos¹¹⁵⁰.

Ahora bien, teóricamente, en los supuestos de una **clonación reproductiva** el tipo prevé un delito de **peligro abstracto para el bien jurídico colectivo - diversidad genética** y un delito de **peligro concreto para el bien jurídico individual concretado en la integridad del futuro ser humano**. En el caso de un supuesto de **clonación no reproductiva**, el tipo penal prevé un **delito de peligro concreto para el bien jurídico vida humana**, concretado en la no instrumentalización de ésta.

5.2) Tipo subjetivo.

5.2.1) El tipo doloso.

El tipo penal sólo prevé la forma dolosa de comisión de éste ilícito, pues resulta evidente que la misma naturaleza de las técnicas de clonado consisten en acciones y nunca jamás en omisiones¹¹⁵¹. Así, la determinación sobre el contenido del aspecto subjetivo del injusto para nosotros no representa ninguna complejidad.

En consecuencia, al entender que el tipo penal advierte una sola conducta y un único resultado material, el dolo en la hipótesis de la clonación por medio de las técnicas de gemelación o de transferencia de núcleos provenientes de células embrionales o fetales, estará constituido por la intención del activo en crear seres humanos idénticos por estos medios para destinarlos a cualquier finalidad ajena a la procreativa, o bien, por la intención

¹¹⁵⁰ Aunque si bien algunos señalan también como resultado la selección de la raza, prácticamente todos coinciden en identificar como resultado la creación de seres humanos idénticos. Cfr; MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 187; RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1951; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 834; VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 776; ALBERRUCHE DÍAZ: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 72; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 691; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 457; JUNCO MANS: *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, ob cit, pág. 1004.

¹¹⁵¹ Véase; HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 269.

de generar seres humanos idénticos a través de la transferencia de un núcleo proveniente de una célula adulta con cualquier finalidad.

Sin embargo, para aquellos que consideran que el tipo contempla una conducta en que la creación de seres humanos idénticos por clonación o otros procedimientos sólo resultan típicas en cuanto vayan precedidas de una finalidad de mejoramiento racial, la consciencia y voluntad de crear seres humanos idénticos no perfeccionará el dolo, sino que éste además requerirá de la presencia de la finalidad racista y/o eugenésica, ya sea que se ello se integre dentro o fuera del dolo, como un elemento subjetivo del injusto.

5.3) Error de tipo.

Puede plantearse, más aún en el ámbito de la discusión acerca de la permisibilidad o no de la clonación sin finalidad reproductiva, en el que el autor de la conducta cree que su acción está permitida, es decir, que a pesar de que la clonación no es lícita, el autor así lo considera, una hipótesis de error de tipo de manera tal que la falta de conocimiento conduzca a la automática desincriminación del autor.

5.4) Ausencia de antijuricidad.

Al entender que el tipo penal no comprende la hipótesis de gemelación embrional o de transferencia de núcleos de células embrionales o fetales a un óvulo u óvulos previamente enucleados cuando estén precedidas de una finalidad reproductiva o terapéutica, obviamente que ni en esas conductas ni en sus finalidades podría apreciarse ya no una causa de justificación sino siquiera una conducta típica. Contrariamente, si se considera que la creación de seres humanos idénticos por clonación es una prohibición terminante que sólo encuentra un espacio de licitud cuando persiga coadyuvar al desarrollo de una finalidad terapéutica y reproductiva, entonces sería posible apreciar en esos casos una específica causa de justificación.

Así también, en el supuesto de aceptar la interpretación en el sentido de que el legislador ha permitido la clonación humana para fines no reproductivos en los términos del artículo 8.2 de la Ley 42/1988, en ello habría que observar una causa de justificación supralegal.

Es decir, bajo esa lectura e interpretación del artículo 8.2 de la Ley 42/1988, aún y cuando la clonación humana no persiga una finalidad reproductiva, el legislador habría decidido, como lo hiciera en otras áreas relacionada con el embrión humano, admitir la creación y destrucción del preembrión humano a través de la clonación no reproductiva, entendiendo consecuentemente a ésta disposición administrativa como una específica causa

de antijuridicidad que justifica la destrucción de vidas humanas en beneficio del desarrollo de la medicina del trasplante y de la investigación y experimentación.

No obsta decir que si la interpretación del artículo referido de la Ley 42/1988 fuera distinta, y se entiende que lo que se autoriza es la realización de tecnología genética con material genético humano o combinado sin que **la replicación de genes comporte la formación de un cigoto o la fecundación de un óvulo humano**, que en ello, lógicamente, no podría advertirse siquiera una acción abarcada por el tipo.

5.5) Culpabilidad. Error de prohibición.

Determinar si en el caso que analizamos es posible encontrarnos frente a un error de prohibición, nos lleva a preguntar si es o no posible imaginar una hipótesis en que el autor, a pesar del pleno conocimiento de las circunstancias del injusto, supone erróneamente que su conducta estaría permitida.

Evidentemente, podemos suponer que éste sería el caso al que en las líneas inmediatas que anteceden a éste epígrafe nos hemos referido, y en el cual existiría una causa de exclusión de la culpabilidad por error de prohibición respecto de aquella acción que haya realizado, por clonación, el resultado prohibido en el tipo penal, ante la errónea suposición para el activo de la conducta de que el artículo 8.2 de la Ley 42/1988 prevé la posibilidad de crear seres humanos por clonación con fines ajenos al desarrollo y futuro nacimiento del preembrión generado. Es decir, si la interpretación del artículo 8.2 de la Ley antes mencionada se corresponde con la afirmación de que el legislador sólo reguló la replicación de genes o material genético por clonación, sin que ello conlleve a la creación de embriones humanos, la antijuridicidad de una clonación no reproductiva podría quedar excluida por razón de un error acerca de la existencia de una causa de justificación no reconocida por el Derecho.

5.6) Tentativa y consumación.

Al configurarse como un delito de resultado material, ello significa que son admisibles las formas imperfectas de ejecución, apreciándose la tentativa desde el momento mismo en que la técnica de clonación con trascendencia típica, persiga la creación de seres humanos idénticos, aún y cuando ello no se consiga.

Sobre este particular y a diferencia de lo aquí sostenido, el profesor ROMEO CASABONA considera que la tentativa existe a partir de que los embriones clonados se utilizan para la reproducción humana, lo que quiere decir - si ahí comienza la tentativa -, que la creación de embriones por clonación en sí misma no es una conducta típica.

Ahora bien, independientemente de las razones a las que antes nos referimos para refutar esta posición que considera que el tipo penal no abarca las técnicas de clonación en sí mismas, sino la creación por clonación de seres idénticos - entendiendo por ello no la creación misma de los preembriones, sino hasta en tanto que estos nazcan -, no puede tampoco desconocerse que el problema de sostener lo anterior significaría, repito, una incongruencia respecto de un mismo resultado - creación de seres humanos (preembriones) - a través de la fecundación de óvulos sin finalidad terapéutica, cuyo desvalor es apreciado por el tipo del artículo 161.1.

Es decir, reitero, ello no significa que ignoremos, según concluimos, que el tipo penal del artículo 161.1 no es aplicable para éste supuesto por tanto que requiere que la creación del embrión humano se realice de forma asistida a partir de la fusión de los gametos humanos - fecundación -, lo que en la clonación no tiene lugar, sino que parece falta de congruencia considerar por un lado típicamente relevante para el caso del artículo 161.1 la creación de preembriones humanos con finalidad distinta a la procreación, a través de la fecundación, mientras que por otro lado la misma creación de preembriones humanos con finalidad distinta a la procreación, a través de la clonación, se considere aún, atípica.

Volvemos a insistir que, de lega lata, en ninguna parte del tipo penal se desprende la posibilidad de considerar al preembrión humano idéntico (generado vía clonación) como algo diferente a un ser humano, o que la clonación humana no reproductiva no sea en sí misma una conducta típica cuya tentativa habría que apreciarla punible mucho antes de la realización del resultado.

Por lo tanto, no coincidimos cuando se afirma que de lega lata el límite mínimo de la intervención penal se sitúa en la transferencia al útero de una mujer de los embriones obtenidos vía clonación, apreciando apenas en ese momento una tentativa, y que por lo tanto, la consumación de la acción requiera del nacimiento de estos seres humanos¹¹⁵².

5.7) Penalidad.

De todas las penas privativas de libertad establecidas dentro de éste Título V Libro II, la correlativa a éste artículo 161.1 y.2 es la menos extensa o grave, lo que supone que para el legislador la manipulación genética de mejora o con fines eugenésicos, la utilización de la ingeniería genética con fines bélicos, o la práctica de reproducción asistida in consentida, expresan conductas cuyo desvalor es mayor a la creación de seres humanos sin finalidad reproductiva - vía fecundación - o la creación de seres humanos idénticos - vía clonación.

¹¹⁵²En contra, SILVA SALCEDO: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*, ob cit, pág., 656 y 657.

Empero, lo que a nuestra causa resulta importante destacar es la paridad punitiva entre las conductas del primer y segundo párrafo que de éste artículo estableció el legislador, pues invariablemente puede explicar y corroborar nuestra posición acerca de la identidad del bien jurídico, es su vertiente individual, entre ambas conductas e hipótesis delictivas.

Por tanto, aún y cuando no puede desconocerse que en la primera hipótesis delictiva - art 161.1 - la creación está precedida específicamente por una finalidad destructiva de la vida humana, mientras que en la segunda no se aprecia textualmente ninguna finalidad específica para limitar o legitimar la conducta, nosotros entendemos que ello no es obstáculo para estimar que tanto la conducta prohibida del artículo 161.1 cuanto la del artículo 161.2 están referidas a la creación y posterior destrucción de la vida humana, lo que explica, reitero, la paridad punitiva de la pena frente a la afinidad entre el objeto de protección de ambas figuras delictivas¹¹⁵³ que, en su perspectiva individual, es posible identificarla en la vida humana preembrionaria¹¹⁵⁴.

5.8) Concursos.

Como hemos venido haciendo, conviene aquí destacar si existe alguna posibilidad teórica que nos permita imaginar si sería posible apreciar, derivado del desarrollo de la investigación biogenética, las técnicas de clonado y de la medicina reproductiva, alguna o algunas situaciones concursales.

En principio, y habida cuenta de que el tipo de lesiones al feto, según observamos, no abarca al preembrión hasta en tanto no aparezca la organogénesis, y dado que para que la clonación vía separación de blastómeros se pueda llevar a cabo es necesario que se realice precisamente en los primeros momentos del desarrollo embrional, cuyo plazo resulta lejano al de la embriogénesis, podemos concluir, en sentido negativo, que no será posible observar una situación concursal, en el supuesto de que con la clonación se lesionara al preembrión, entre éste delito del artículo 161.2 y el de los artículos 157 y 158.

Así mismo, tampoco sería posible apreciar un concurso de delitos entre el delito que ahora se comenta y el delito de aborto en la hipótesis remota en que la clonación vía

¹¹⁵³ En contra, el *Informe Sobre la Clonación* sostiene que la pena del artículo 161.1 debería ser inferior a la del 161.2, por lo que se debería optar por rebajar la pena actualmente establecida para el artículo 161.1 y para la hipótesis del 161.2, dado su contenido de injusto, se debería optar por asimilar la pena a la del delito de manipulaciones genéticas, que en estos momentos es más grave.

¹¹⁵⁴ Para DE LA CUESTA AGUADO: "*La reproducción asistida humana sin consentimiento*, ob cit, pág. 128 y 129, también el objeto de protección - bien jurídico - en los artículos 161.1 y 161.2 (y también según ella del artículo 162) es el mismo, aunque lo identifica en un bien jurídico absolutamente distinto al planteado por nosotros en una perspectiva individual del mismo, y que, como veremos, identifica en la no instrumentalización de la procreación humana.

separación del embrión se lleve a cabo en las primeras etapas de desarrollo y división celular, ello es, antes de los catorce días a partir de la fecundación, por lo que, aún y cuando dicha división - clonación - intentada en y dentro de la mujer provoque la interrupción del proceso que se había iniciado con la fecundación, no sería jurídicamente posible observar una situación concursal al no estar aún el embrión dividido, anidado o implantado en el útero materno, cuyo requisito es indispensable para satisfacer los extremos típicos del delito de aborto.

Sólo en el caso hipotético en que la clonación vía separación del embrión se haya realizado una vez anidado en el útero de la mujer, y que ello traiga como consecuencia la interrupción del embarazo, podríamos apreciar un concurso ideal de delitos entre el artículo 161.2 y el delito de aborto previsto por el artículo 144, o bien, en el caso de que a consecuencia de las actuaciones realizadas con esa finalidad particular sobre el embrión a través del cuerpo de la mujer se ocasionara un menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental de la mujer, podría apreciarse otro concurso ideal de delitos con la hipótesis del tipo de lesiones prevista en el artículo 147 del CPE¹¹⁵⁵.

Obviamente que en los más de los casos, será posible imaginar una hipótesis en que para realizar la conducta de creación de seres humanos idénticos por clonación, sin finalidad reproductiva y/o terapéutica, sea necesario contar previamente con el embrión, lo que permitiría apreciar un concurso real entre éste delito previsto por el artículo 161.2 y el previsto de fecundación artificial de óvulos humanos sin finalidad procreativa del artículo 161.1¹¹⁵⁶.

Finalmente, en el caso en que primero se realice una manipulación genético eugenésica, seleccionando o determinando ciertas características, y posteriormente ese genotipo específico, (núcleo) ahora diferente, manipulado con fines eugenésicos, sea utilizado en la creación de seres humanos idénticamente modificados, sería posible apreciar en una situación como esa un concurso real de delitos entre la figura delictiva del artículo 159.1 - manipulación genética - junto con la del artículo 161.2 - creación de seres humanos idénticos por clonación¹¹⁵⁷.

Estamos conscientes de que los resultados obtenidos discrepan del resto de la doctrina; si embargo, permítasenos reiterar que ello no es sino la consecución de lo

¹¹⁵⁵ De similar opinión, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 482.

¹¹⁵⁶ Así también, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 693.

¹¹⁵⁷ E inclusive, aún en el caso en que se parta de la idea de que el tipo penal comprende dos hipótesis delictivas diferentes, sería posible apreciar en ese supuesto el mismo concurso, con la diferencia de que ese se daría entre la segunda parte del tipo "dirigidos a la selección de la raza" y la conducta de clonación.

pensamos debe ser la dirección hacia donde el Ordenamiento legal debe moverse para regular eficazmente el desarrollo de los avances en biogenética, entre ellos, el de la clonación reproductiva humana.

6) El tipo de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer. Artículo 162. Análisis.

Artículo 162.1: Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denuncia el Ministerio Fiscal.

6.1) Tipo objetivo.

Tal y como lo señaláramos en su oportunidad cuando hicimos relación al marco y antecedentes generales de este Título V, Libro II del CPE en donde se contienen los tipos penales en estudio, el primer intento de criminalizar las conductas que nos ocupan - Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 - contenía una rubrica que hacía especial referencia a la inseminación "artificial" - "De la manipulación genética en embriones y fetos humanos y de la inseminación "artificial" no consentida" -, término éste último que si bien fue acertadamente modificado dada su limitación para abarcar cualquier otra técnica de reproducción asistida que no fuera la inseminación artificial, venía a expresar o justificar la inclusión de dicho tipo penal particular dentro de un Título dedicado a otra serie de conductas relacionadas en mayor o menor medida con la ingeniería genética.

No obstante, cuando finalmente el CPE vigente se publicó, el mismo Título V del Libro II terminó por ser llamado de forma distinta a la originalmente propuesta - "Delitos relativos a la manipulación genética" - pero conservando (en esencia) el mismo tipo penal sobre "inseminación artificial" que anteriormente compartía el encabezado del mencionado Título V, lo cual evidenció la falta de un orden sistemático respecto de la integración de los delitos en torno a la identificación con un determinado bien jurídico tutelado pues, lo hemos ya observado, someter o someterse a una técnica de reproducción asistida no consentida no tiene nada que ver con la "manipulación genética" por lo que debe volver subrayarse que la ubicación de éste delito dentro del Título V del Libro II del CPE es incorrecta¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁸ Por todos; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131.

Lógicamente, entenderíamos que para muchos esta conclusión habría que extraerla después de haber determinado cuál es el bien jurídico protegido por el tipo penal; sin embargo, si bien del desarrollo de la investigación y en concreto sobre lo que son las técnicas de reproducción asistida no se desprende “per se” cuál debe ser el lugar correcto de ubicación de dicha figura delictiva dentro del Ordenamiento penal, si se evidenció con claridad que ninguna de ellas tiene relación intrínseca con las técnicas recombinantes de material genético alguno, por lo que, insistimos, existe suficiente fundamento para aseverar desde éste momento la incorrección en la que incurrió el legislador penal al ubicar aquí una norma que no tiene en sí misma una conducta con corte o contenido genético.

Muy al contrario, dentro de esta figura penal es posible observar a través de los términos - **practicar y consentimiento** - una clara indicación de que el legislador ha buscado proteger un interés jurídico diferente cuya determinación, ahora sí, pasemos a especificar a través del análisis correspondiente del tipo objetivo del delito en comento.

6.1.1) El bien jurídico protegido.

Dado que el Título dentro del cual se ubica éste delito no puede servirnos siquiera para sugerir cual es el objeto de protección perseguido, resulta importante para esos efectos empezar por analizar la incorporación del “consentimiento” como un elemento de la tipicidad de la acción.

Así, tal y como lo destaca MARÍA DE LA PAZ DE LA CUESTA, el hecho de que la mayoría de la doctrina considere que el consentimiento del sujeto pasivo sólo es eficaz a efectos de excluir la tipicidad cuando se trata de bienes jurídicos de carácter individual o microsocioal¹¹⁵⁹, y dado que esta figura típica así lo expresa - **en una mujer, sin su consentimiento** - podría pensarse, como un primer intento para concretar el objeto de protección, que el bien jurídico tutelado reviste de un carácter individual o microsocioal¹¹⁶⁰.

Ciertamente, prácticamente la mayoría de la doctrina así se pronuncia y considera que el bien jurídico en este delito tiene un corte individualista, engendrado o derivado en el derecho a la libertad, en este caso, de la mujer. Veamos.

Mientras que para SERRANO GÓMEZ el bien jurídico es simplemente **la libertad de la mujer**¹¹⁶¹, para RODRÍGUEZ RAMOS el bien jurídico es **la libertad de la mujer para ser o no**

¹¹⁵⁹ Salvo la vida o la salud.

¹¹⁶⁰ DE LA CUESTA AGUADO: “*La reproducción asistida humana sin consentimiento*, ob cit, pág. 68.

¹¹⁶¹ SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 133, el cual entiende que la expresión “sin su consentimiento” incluiría la hipótesis de engaño, desconocimiento, utilización de algún

objeto de una reproducción asistida¹¹⁶². Ello lo concluye así pues del artículo 2.1 de la LTRA se desprende y consagra como requisito ineludible que la mujer sobre la cual dichas prácticas se realicen las haya solicitado y aceptado de manera libre y consciente, es decir, que sobre ello haya expresado su consentimiento¹¹⁶³.

GONZÁLEZ CUSSAC por su parte estima que el bien jurídico es la **libertad de obrar**, entendiendo por esto la **libertad de ejecutar lo previamente decidido por el sujeto pasivo**¹¹⁶⁴, imponiendo una maternidad no deseada¹¹⁶⁵, mientras que para ROMEO CASABONA el bien jurídico protegido no es sólo la libertad de la voluntad sino de algo aún más grave que identifica en la **libertad procreativa y de asumir los deberes derivados de la maternidad**¹¹⁶⁶. "El bien jurídico protegido es la libertad de la mujer que ha quedado embarazada sin su consentimiento"¹¹⁶⁷.

En ésta última línea de pensamiento, GRACIA MARTÍN afirma que el bien jurídico protegido no esta ligado a los protegidos por los tipos de manipulación genética sino al **derecho a la procreación**¹¹⁶⁸, y finalmente BAJO FERNÁNDEZ sostiene que puede hablarse de

procedimiento que coarte su libertad; También sobre la libertad de la mujer como bien jurídico; SUÁREZ GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 457.

¹¹⁶² Comparte la misma opinión BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 484, puesto que lo que se esta tutelando es la libertad de someterse o no a alguna de las técnicas de reproducción asistida.

¹¹⁶³ RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 110 y 111.

¹¹⁶⁴ Idénticamente; ALBERRUCHE DÍAZ: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, ob cit, pág. 72 y ss.

¹¹⁶⁵ De forma similar, para MUÑOZ CONDE el bien jurídico es la libertad de la mujer a no ser fecundada contra su voluntad.

¹¹⁶⁶ Afirmación que sin embargo no se compadece con el hecho de que, en los términos actuales, no constituye una indicación específica (ética) de despenalización de la interrupción voluntaria en caso de que el embarazo tenga su origen en la aplicación de una técnica de reproducción asistida no consentida por la mujer. Contrariamente, MUÑOZ CONDE opina que aunque no se recoja expresamente entre los supuestos de indicación del aborto, éste, por interpretación analógica (ya por indicación ética, terapéutica, estado de necesidad, etc) con consentimiento de la mujer sería perfectamente lícito. Cfr; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 132. En la misma dirección, LUZÓN PEÑA, D. M: "Indicaciones y causas de justificación en el aborto", en Cuadernos de Política Criminal, Numero 36,1988, pág. 654, considera que para los casos de practica de una técnica de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, de lege lata, debe preverse la posibilidad del aborto legal en base a una eximente por analogía, entendiendo que aún cuando el hecho inicial no fuese tan traumático como el de una violación, la situación de una imposición de la maternidad de la mujer, despreciando brutalmente su voluntad y dignidad, es substancialmente idéntica a la de la violación.

¹¹⁶⁷ ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 178.

¹¹⁶⁸ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 693.

un **delito de lesiones**¹¹⁶⁹ por cuanto a las molestias y trastornos físicos y psíquicos que el embarazo pudiera ocasionar a la mujer.

Frente a estas concepciones, finalmente MARÍA DE LA PAZ DE LA CUESTA considera que la protección que el artículo 162 ofrece, no está dirigida a proteger la libertad de decisión de la mujer sobre si quiere o no procrear, sino más bien a proteger **intereses más generales de la sociedad** como podría ser evitar la selección de la raza mediante técnicas de reproducción asistida, garantizar la mayor seguridad en la intervenciones, controlar las actividades de investigación, etc, intentándose proteger no sólo la decisión acerca de si procrear sino sobre todo, la decisión de como hacerlo¹¹⁷⁰.

De esta manera, considera que a pesar de que la tipicidad requiera del consentimiento, ello no supone otorgar o concatenarlo a una dimensión individual del bien jurídico, pues en realidad, según su opinión, se trata de un bien jurídico cuyo contenido viene determinado por una situación de equilibrio entre intereses contrapuestos (sociales, económicos, científicos, deseo de la paternidad y maternidad, etc) que lo convierten en un bien jurídico de dimensión colectiva¹¹⁷¹ cuya salvaguarda la sociedad encarga o asigna en la persona de la mujer mediante el reconocimiento de la eficacia, precisamente, de su consentimiento¹¹⁷².

Todo ello le lleva a concluir que el legislador no ha optado, correctamente, por proteger un valor o interés con carácter absoluto, sino que ha decidido conjugar criterios de solución primando unos intereses por encima de otros de manera tal que ha conferido o trasladado a la mujer la defensa de intereses que afectan no sólo a ella sino a la sociedad en su conjunto, derivado de aquellas conductas que se consideran lesivas en el ámbito de la procreación humana, estableciendo entonces que el bien jurídico protegido por el artículo 162

¹¹⁶⁹ FERNÁNDEZ BAJO: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, ob cit, pág. 162.

¹¹⁷⁰ DE LA CUESTA AGUADO: *"La reproducción asistida humana sin consentimiento"*, ob cit, pág. 70.

¹¹⁷¹ En forma parecida, GRACIA MARTÍN sostiene que, no obstante que el bien jurídico protegido que él identifica en la libertad de procreación tiene una naturaleza marcadamente individual, también tiene una dimensión colectiva por tanto que el derecho a la procreación (yo añadiría asistida) está limitado por intereses colectivos preferentes, de orden público, que superan la esfera íntima de la pareja y afectan al interés social y del Estado, ubicando estos intereses colectivos en la tutela a la salud, la demografía, el estado civil de los nacidos y las relaciones paterno filiales, más sin embargo estima que dichos intereses colectivos no deben ser integrados en el contenido del bien jurídico sino que deben ser relegados a la ratio legis de la punibilidad del comportamiento penalmente relevante. Véase; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 694 y 695.

¹¹⁷² Es decir, sin ser titular del bien jurídico protegido, el Ordenamiento jurídico le otorga la defensa del mismo.

podría enunciarse como **la no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida**¹¹⁷³.

Ahora bien, no es de sorprenderse el hecho de que un sector mayoritario entienda o identifique el bien jurídico protegido en **la libertad**, en cualquiera de las vertientes apuntadas - **libertad de obrar, libertad procreativa, derecho a la procreación, etc** -. sí lo primero que surge a simple vista de la redacción del tipo es que la reproducción asistida sólo puede llevarse a cabo con consentimiento de la mujer.

No obstante, ello nos lleva necesariamente a plantear la relación entre este delito particular de reproducción asistida in consentida, cuyo objeto de protección se pretende identificar en la libertad (de la mujer), y el delito de coacciones previsto por el artículo 172 del CPE y cuyo bien jurídico se identifica, indubitadamente, en la libertad de obrar de las personas, ello es, en la libertad de decidir su forma de actuar tanto activa como omisiva.

Efectivamente, el delito de coacciones prevé la hipótesis delictiva en la que “sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”. Es decir, es un delito relacionado con la libertad formulado a través de dos conductas alternativas, una *omisiva* y otra *comisiva*, consistiendo la primera en *impedir* con violencia a otro a hacer lo que la Ley no prohíbe, y la segunda que consiste en *obligar* a uno, con fuerza o autoridad, a que haga lo que no quiere¹¹⁷⁴ de manera tal que, al igual que en delito en estudio sobre reproducción asistida no consentida, el consentimiento del sujeto pasivo excluye la tipicidad.

Con estas relaciones comunes derivadas de su particularidad típica, ¿qué acaso no podría quedar comprendida dentro del delito de coacciones del artículo 172 el tipo penal del artículo 162?.

Según VALLE MUÑOZ, antes de la incorporación de este delito cualquier supuesto de reproducción asistida¹¹⁷⁵ sin consentimiento de la mujer receptora constituía un tratamiento

¹¹⁷³ DE LA CUESTA AGUADO: “*La reproducción asistida humana sin consentimiento*, ob cit, pág. 71-74. Ello significa para esta autora, que la protección que dispensa el artículo 162 es una continuación de la misma protección que se iniciara con el artículo 161 por cuanto que el legislador está indicando así unas determinadas pautas de conducta en el momento de la fecundación in vitro (asistida) que se continúan en un momento posterior y para una actividad diferente. Es decir, como ya se destacó, la autora considera que el bien jurídico de ambos delitos - art 161.1.1 y 162 es el mismo.

¹¹⁷⁴ Así define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua el verbo *compeler*.

¹¹⁷⁵ Este autor utiliza los términos “fecundación artificial o transferencia de preembriones”; no obstante, aún y cuando no diga también inseminación, entendemos que quiso referirse a las técnicas de reproducción asistida en lo general y no sólo a esas en lo particular.

médico arbitrario y, por lo tanto, un delito de coacciones¹¹⁷⁶, pues en la medida en la que nos encontramos ante supuestos que lesionan el derecho a la libertad del individuo, la presencia de los elementos típicos exigibles dará lugar a la aplicación de los delitos de coacciones y amenazas.

Sin embargo, desde su perspectiva, el delito de coacciones no era la mejor solución al no expresar la desvalorización total de la conducta debido a que la reproducción asistida sin consentimiento no puede reducirse a un simple y vulgar atentado a la libertad de obrar genérica, sino que por su especial y directa vinculación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, debe ser merecedor de una respuesta punitiva más severa que la prevista para las coacciones por cuanto que además de lesionarse la libertad genérica de obrar, se lesionaría el derecho de autodeterminación de la mujer en el ámbito de la procreación¹¹⁷⁷.

Del mismo modo se pronuncia MUÑOZ CONDE para quien, si bien cuando la reproducción asistida se realiza sin consentimiento de la mujer se comete un grave atentado a su libertad, ello no sería suficientemente castigado si sólo se mira desde ese único punto de vista. En otras palabras, aún y cuando es posible apreciar una efectiva respuesta al desvalor de la conducta que atenta contra la libertad de la mujer sometida a una técnica de reproducción sin su consentimiento en el delito de coacciones, este no alcanza a cubrir o abarcar el plus o desvalor adicional que en la reproducción asistida incontestada se da¹¹⁷⁸.

GONZÁLEZ CUSSAC por su parte, después de identificar al bien jurídico en la libertad de obrar, entendida como la libertad de ejecutar lo previamente decidido por el sujeto pasivo, considera este tipo como un delito de coacciones específico y cualificado¹¹⁷⁹ aunque destaca que, a diferencia del delito de coacciones que siempre exige la violencia, en el tipo penal del

¹¹⁷⁶ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 777. También así, CUERDA RIEZU: "Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas", ob cit, pág. 423.

¹¹⁷⁷ VALLE MUÑOZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 778. En sentido similar, para BENÍTEZ ORTUZAR el tipo supone la consagración de lo que no es sino una figura delictiva específica que recoge la violación de un aspecto esencial de la libertad de la mujer (libertad de someterse a una técnica de reproducción asistida) lo que supone una exclusión respecto del tipo del delito de coacciones. CFR; BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 482.

¹¹⁷⁸ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131.

¹¹⁷⁹ También así: RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1952 para quien es cualificada la coacción por contener otras especialidades netamente agravatorias: la violencia física o psíquica, es decir, la intimidación, el engaño, esto es el error provocado y la privación de sentido, cuya realización exige al mismo tiempo una cualificación técnica en quien haya de ser el autor de la acción.

artículo 162 sólo se precisa que no exista consentimiento de la mujer, lo que incluye tanto supuestos de violencia como de intimidación, engaño o privación del sentido¹¹⁸⁰.

MORILLAS CUEVA considera por las mismas razones que equiparar el tipo del artículo 162 con el de coacciones no parece del todo correcto dado que las coacciones exigen el uso de la violencia para su realización típica¹¹⁸¹, lo que si bien eventualmente podría darse en una reproducción asistida inconscientida¹¹⁸², los medios que anulen lo voluntad de la mujer para la realización de la técnica de reproducción asistida bien podrían también no ser violentos.

Por lo antes expuesto, coincido en que no es posible asimilar siempre el delito del artículo 162 al tipo de coacciones, en virtud de que en los casos en que la técnica de reproducción asistida no solicitada se emplee sobre una mujer sin que medie violencia física o psíquica, el desvalor de dicha acción no podría quedar abarcado dentro del ilícito específico de coacciones¹¹⁸³.

Empero, ello no significa de ninguna manera que se este negando o refutando al valor libertad (aún y cuando no nos pronunciemos todavía por su vertiente) como bien jurídico tutelado en éste delito, sino que implica rechazar aquellas opiniones de quienes han considerado que el bien jurídico ha de ubicarse en la libertad sexual, por cuanto que la hipótesis de la reproducción asistida se caracteriza precisamente por la ausencia de un acto carnal o relación sexual¹¹⁸⁴, o en la integridad y salud de la madre, por tanto que, como menciona el profesor ROMEO CASABONA¹¹⁸⁵, si así fuera tendríamos que observar un delito de lesiones en todos aquellos casos en que se produjera un embarazo no deseado¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁰ GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 836.

¹¹⁸¹ MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 188.

¹¹⁸² Lo que daría lugar, según mas adelante expondremos, a un concurso ideal entre ambos delitos.

¹¹⁸³ O en términos del profesor CASABONA, en cuanto a que el delito de coacciones no siempre puede acoger en su tipo todas las modalidades del delito del artículo 162 ni sobre todo, abarcar el mayor contenido del injusto de éste. Cfr, ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 178.

¹¹⁸⁴ Igual, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 131, para quien falta el "acceso carnal".

¹¹⁸⁵ ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 178.

¹¹⁸⁶ Lo que no obstaría para apreciar un concurso entre el delito del artículo 162 y el delito de lesiones en caso de producirse un daño a la integridad de la mujer como consecuencia del embarazo consentido. Es decir, debe rechazarse que el embarazo en sí, por cuanto que supone cambios fisiológicos que conllevan molestias y trastornos físicos o psíquicos, lesiona la integridad de la mujer.

Igualmente, no es posible coincidir en el sentido de que el bien jurídico tutelado se encuentra radicado en la no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida por las siguientes razones.

Instrumentalizar en el contexto referido, entiendo que se refiere al empleo o aprovechamiento de una técnica, objeto o persona para cualquier fin ajeno a su "naturaleza" o condición originaria. Por ejemplo, se instrumentaliza una vida humana cuando se genera o utiliza para un fin que no sea esa vida misma, o se instrumenta una medicina que alivia las tensiones musculares cuando se utiliza como un medio para narcotizarse .

Así, de la misma manera cuando se habla de una instrumentalización de la procreación de la vida humana en el ámbito de la reproducción asistida, se requiere antes delimitar o determinar cual es éste fin. Según la Ley 35/1988, artículos 2º y 3º, el fin de la técnicas de reproducción asistida es la **actuación médica ante la esterilidad humana** para facilitar la procreación, y la **prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditarias**. Luego entonces, la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida habría que estimar que se instrumentaliza cuando se utilice con cualquier finalidad que no sea la misma que Ley comprende, esto es, facilitar la procreación y prevenir la transmisión de enfermedades congénitas de los progenitores¹¹⁸⁷.

¿Afecta a las finalidades de la Ley el hecho de realizar una técnica de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer? Evidentemente que si la técnica se practicara sin consentimiento de la mujer, no podría traer como consecuencia el cumplimiento de la finalidad para la cual la técnica, según la Ley, fue regulada, esto es, el tratamiento frente a la esterilidad o frente a la transmisión de ciertas enfermedades, y posteriormente el alumbramiento de un ser humano.

¿Se habrá instrumentalizado? Entendiendo que facilitar la procreación a través de las técnicas de reproducción asistida es una medida terapéutica, y que esa naturaleza sólo

¹¹⁸⁷ Resulta interesante observar que una de las enmiendas al artículo 170 del proyecto de CPE de 1992, que contemplaba el delito de "inseminación artificial en una mujer sin su consentimiento", presentadas por el Grupo Popular, proponía una muy interesante en relación con la posición sostenida acerca de la identificación del bien jurídico en la no instrumentalización de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito de la procreación humana, y que consistía en señalar que: Serán castigados con la pena.....a) quienes realicen técnicas de reproducción asistida en una mujer menor de edad, y si es mayor de edad, sin su consentimiento, b) Quienes apliquen técnicas de reproducción asistida con finalidad distinta de evitar la esterilidad humana o la transmisión de enfermedades hereditarias graves o violando los requisitos o sin las autorizaciones por las leyes establecidas Obviamente, la actual redacción típica no hace mención a las finalidades mencionadas, y por tanto no acompañan más la aseveración de la autora acerca, reitero, del bien jurídico.

podríamos afirmarla cuando exista la voluntad por parte de la mujer para procrear y para evitar la transmisión de enfermedades, yo considero que sí.

Sin embargo, lo importante es no olvidar que sería igualmente posible apreciar dicha instrumentalización en el caso en que, voluntaria y conscientemente, la mujer se sometiera a la práctica de una técnica de reproducción asistida sin que tuviese con ello la finalidad de resolver un problema de esterilidad¹¹⁸⁸ o sin que persiga como fin la prevención o tratamiento de enfermedades de origen genético de las cuales es portadora y que desee no transmitir a su descendencia.

Es decir, si en realidad la ausencia del consentimiento fuese la única forma en que se apreciara una desviación de los fines que la Ley prevé, (instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida) quizá podríamos coincidir con esta opinión; sin embargo ello no es así, pues aún y con el consentimiento de la mujer el fin procreativo que es inherente a las técnicas de reproducción humana también quedaría desintegrado o alterado, esto es, instrumentalizado, acarreado como resultado bajo esta perspectiva que otorgar o no el consentimiento sería intrascendente, lo que a nuestro juicio es inaceptable pues así entendido, la incorporación al tipo penal del elemento “consentimiento” quedaría relegado a una función decorativa e insignificante dentro del tipo penal en estudio.

Por el contrario, si el término “consentimiento” aparece, indudablemente que ello obedece a que para el legislador constituye un elemento sistemático que acota el ámbito de protección perseguido e invariablemente de su bien protegido¹¹⁸⁹.

6.1.2) El objeto material.

Hay quienes consideran e identifican que el objeto material de éste delito será cualquiera de las dimensiones de ejercicio de la libertad, es decir, “tanto en cuanto proceso de deliberación interno conducente a la adopción de una decisión como en cuanto libertad de

¹¹⁸⁸ Salvando aquellas cuestiones ya analizadas relacionadas con el derecho de la mujer sola a acceder a una técnica de reproducción asistida en donde, según vimos, su aplicación no obedece a problemas de esterilidad o de transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias.

¹¹⁸⁹ Aunado a ello, la postura antedicha se rechaza por cuanto que bajo el bien jurídico propuesto por la autora y que concreta en la “no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida”, en la medida en la que, según ella, “se busca evitar la selección de la raza mediante técnicas de reproducción asistida, garantizar la mayor seguridad en la intervenciones, controlar las actividades de investigación, etc” vendría a constituir un tipo penal “con una estructura de peligro muy abstracto”, inaceptable, según hemos sostenido, con los principios del Derecho penal que deben orientar la creación e interpretación de la norma penal.

ejecutar decisiones en el marco de la libertad de obrar externo”¹¹⁹⁰, distinguiendo entre el objeto directo o inmediato del hecho o de la acción en cuanto objeto empírico sobre el que recae directamente la agresión, señalando que el objeto de la acción estará representado por los elementos que componen el sustrato biológico de la fecundación, ello es, los gametos femeninos y masculinos que sean utilizados para provocar artificialmente la fecundación¹¹⁹¹.

Sin embargo, para nosotros el objeto material del delito no se debe ubicar en los gametos que sean utilizados para provocar artificialmente la fecundación, pues no debe olvidarse que en casos de inseminación asistida sólo se utilizan gametos masculinos y que en la FIVTE no se estaría utilizando gametos sino preembriones humanos creados in vitro previamente, sino en la mujer sobre quien recaerá la conducta típica, esto es, que es sometida a alguna de las técnicas de reproducción asistida sin su consentimiento¹¹⁹².

6.1.3) Sujeto activo.

De la misma manera que en todos los delitos antes analizados, nuevamente el Código penal español no hace ninguna referencia específica a la calidad del sujeto activo por lo que, formalmente, no estamos sino ante la presencia de un delito común que podría, teóricamente, ser cometido por cualquiera aún y cuando de hecho para la realización de las prácticas de las técnicas de reproducción asistida se requieren conocimientos específicos o especiales que concurrirán sólo en sujetos profesionales capacitados y específicamente determinados¹¹⁹³.

6.1.4) Sujeto pasivo.

La descripción del tipo penal no presenta ninguna dificultad para poder identificar al sujeto pasivo del delito, el cual sólo puede ser la mujer que no presta su consentimiento para que se practique sobre ella - en ella - la conducta típica que el delito contempla¹¹⁹⁴.

¹¹⁹⁰ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 697.

¹¹⁹¹ De ese parecer, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 697.

¹¹⁹² Así también, BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 488.

¹¹⁹³ Por todos, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 134. En contra, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 835, para quien sujeto activo sólo pueden ser aquellas personas con capacidad y formación suficiente para realizar la conducta típica..

¹¹⁹⁴ Opinan igual, MORILLAS CUEVA: *Curso de Derecho penal Especial I*, ob cit, pág. 188; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 695; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 178.

Sin embargo, contra esta afirmación se pronuncia DE LA CUESTA AGUADO, MARÍA DE LA PAZ, quien considera que no sólo la mujer receptora sobre quien se practica una reproducción asistida será sujeto pasivo del delito, sino también aquella mujer donante del material genético a utilizar en una reproducción asistida. Es decir, bajo su concepción del bien jurídico entendido en la no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida, en la que se protegen tanto intereses del futuro hijo como de la madre así como de la sociedad, opina, podrá plantearse que también pudiera ser sujeto pasivo del delito la mujer donante pues puede ser tan grave la imposición de una maternidad como el arrebatar a otra mujer su material genético¹¹⁹⁵.

Empero, para nosotros ello no es así. La práctica de una reproducción asistida a la que el tipo se refiere es precisamente aquella que se lleva a cabo dentro de una mujer buscando la gestación. En la hipótesis señalada por la autora en la que se actúa también dentro de una mujer, que si bien podría dar lugar al delito de lesiones, coacciones, etc, no sólo no se persigue ninguna de las finalidades de las prácticas de las técnicas de reproducción asistida, sino que ésta (la acción típica) ni siquiera se realiza.

De ello, por ende, nuestra afirmación acerca del sujeto pasivo debe confrontarse y matizarse frente a las posibles hipótesis en que la práctica in consentida de una técnica de reproducción asistida se realice en una mujer estéril, infértil, púber o quizá en un transexual a quien inclusive, jurídicamente, se le reconozca a efectos civiles como mujer.

Así, para BENÍTEZ ORTUZAR una mujer estéril podrá ser sujeto pasivo del delito al ser biológicamente una mujer y ya que en ningún momento el tipo exige el comienzo de la gestación. A contrario sensu, es de la opinión de que la conducta no puede realizarse ni sobre un hombre, ni sobre un homosexual¹¹⁹⁶ ni tampoco sobre un transexual que inclusive parece externamente mujer cuando sus órganos reproductivos internos sean masculinos, *ello en virtud de que considera que la conducta típica consistente en la aplicación de una técnica de reproducción asistida debe poder llevarse a cabo, lo que sería imposible inclusive en el caso del transexual al no bastar la apariencia externa sino que se requiere de ovarios, óvulos, útero, etc*¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁵ Contra esta afirmación, DE LA CUESTA AGUADO: *"La reproducción asistida humana sin consentimiento"*, ob cit, pág. 86-89.

¹¹⁹⁶ De similar opinión; DE LA CUESTA AGUADO: *"La reproducción asistida humana sin consentimiento"*, ob cit, pág. 84, aunque ella fundamenta ésta restricción a partir del bien jurídico "no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida" que, afirma, en un caso así estaría muy lejos de lesionarse.

¹¹⁹⁷ Por la misma razón, para éste autor tampoco sería sujeto pasivo del delito aquella mujer que carece de órganos reproductores internos, incluyéndose dicha conducta dentro del concepto de delito imposible. Cfr. BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, ob cit, pág. 487.

En otras palabras, desde esta perspectiva el verdadero problema de la tipicidad no está referido a si es o no posible considerar mujer a quien biológicamente no lo es, sino a la imposibilidad material (delito imposible) de realizar la conducta sobre un objeto inidóneo. En razón de ello, hasta que las cirugías no alcancen los órganos internos, con un funcionamiento similar a los ovarios, útero, trompas de falopio, el transexual no podrá ser sujeto pasivo de éste delito¹¹⁹⁸.

Por el otro lado, MARÍA DE LA PAZ DE LA CUESTA AGUADO, después de destacar que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se entiende por mujer, sencillamente, como la persona de sexo femenino, señala que dependerá de la concepción que se tenga sobre el bien jurídico para considerar ciertas hipótesis como típicas o en su caso sin transcendencia jurídico penal, obviamente, en lo que respecta al delito que ahora analizamos.

Por tanto, si se considera que el bien jurídico tutelado por el tipo del artículo 162 es la libertad de la mujer relacionada con la procreación, la conducta prevista en éste artículo llevada a cabo sobre una niña - mujer - no capacitada físicamente para la maternidad, sería típica, mientras que si por el contrario se entiende que el bien jurídico no es la libertad relacionada con la procreación sino la instrumentalización de la procreación en el ámbito de la reproducción asistida, esa misma conducta proyectada o desarrollada sobre la niña - mujer - no podrá considerarse típica por cuanto que, al no ser posible la reproducción, (lo mismo que si la niña fuera hombre) no podrá afectar al bien jurídico protegido¹¹⁹⁹.

Personalmente, coincido con aquellos planteamientos que sostienen la imposibilidad fáctica de conceptualizar como sujetos pasivos, y consecuentemente de considerar típicamente relevantes aquellas acciones desarrolladas sobre un "objeto inidóneo", a un varón, sea cual fuera su orientación sexual, o a un transexual, aún y cuando a efectos civiles se le considere como una mujer, por cuanto que, sencillamente, la falta de órganos internos imposibilita realizar la conducta típica - practicar una técnica de IA, FIVTE o de TIG al varón o transexual¹²⁰⁰.

Por el contrario, rechazo aquella posición que también considera la atipicidad de la conducta realizada sobre una mujer impúber (imposibilitada fisiológicamente para llevar un embarazo)¹²⁰¹ dado que el tipo penal en ningún momento requiere de resultado alguno, (embarazo, anidación en el útero) generado a consecuencia de la práctica de una

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, pág. 486 Y 487.

¹¹⁹⁹ DE LA CUESTA AGUADO: "*La reproducción asistida humana sin consentimiento*", ob cit, pág. 85.

¹²⁰⁰ Por lo menos hasta este momento del desarrollo de los seres humanos y su desarrollo científico.

¹²⁰¹ Sin importar la posición respecto al bien jurídico.

reproducción asistida en la que no haya mediado violencia y sin la existencia de consentimiento¹²⁰² y porque además aceptar la anterior postura produce una laguna jurídica inaceptable, pues si sobre una mujer impúber se practicara una técnica de reproducción asistida, sin violencia y, obviamente sin consentimiento, la misma no podría apreciarse ni como delito de coacciones (no hay violencia) ni como delito de reproducción asistida in consentida.

6.1.5) Conducta típica.

Si bien la redacción del artículo 162 describe la conducta típica, resulta muy importante destacar, antes que concretarse en repetir simplemente que el comportamiento consiste en practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento, que el legislador ha omitido en la descripción típica utilizar el término “practicar **técnicas** de reproducción asistida”, concretándose sólo a señalar que la conducta consistirá en practicar reproducción asistida.

Por lo tanto debemos, si queremos elucidar el núcleo de la conducta típica de éste delito, respondernos y explicarnos no sólo qué es y qué debemos entender por “practicar reproducción asistida”, sino la razón y consecuencia de la omisión del término “**técnicas**”, de cuya reflexión podremos servirnos para obtener un hilo conductor que nos permita corroborar cual es el objeto de protección de la norma y si ello quedó reflejado en la técnica legislativa utilizada por el legislador.

Empecemos pues por delimitar la expresión reproducción asistida.

“El término reproducción procede de la substanciación del verbo reproducir. Así, se puede definir como acción o efecto de reproducir o reproducirse. Reproducir es procrear una especie y procrear es engendrar, multiplicar una especie. Así pues, la expresión **reproducción asistida** hace referencia a la obtención de nuevos individuos prescindiendo o sustituyendo el proceso natural de fecundación de la especie mediante técnicas diseñadas por el hombre”¹²⁰³.

Siguiendo a MARÍA DE LA PAZ DE LA CUESTA AGUADO, si la reproducción asistida es la obtención de nuevos individuos sustituyendo el proceso natural de fecundación mediante el empleo de ciertas técnicas, es obvio entonces la diferencia que existe entre reproducción asistida y técnica de reproducción asistida.

¹²⁰² En contra; ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 178.

¹²⁰³ DE LA CUESTA AGUADO: “La reproducción asistida humana sin consentimiento, ob cit, pág. 22.

Por ejemplo, para auxiliar a una persona a procrear puede practicarse una técnica de fertilización in vitro, cuyo procedimiento se divide o conforma en tres momentos: obtención de gametos, fecundación in vitro y transferencia del embrión obtenido. Dado que la obtención de los gametos femeninos se logra por extracción ovocitaria, y la fecundación in vitro se puede realizar mediante microinyección, siendo ambos parte del procedimiento, habría que determinar si cada uno de los procedimientos pueden o no calificarse como técnicas de reproducción asistida¹²⁰⁴, deduciéndose por ende que la expresión técnica de reproducción asistida puede entenderse en *sentido amplio* o en *sentido estricto*, entendiéndose por lo primero al conjunto de prácticas clínicas empleadas para la obtención de un embarazo, y por lo segundo a cada una de las manipulaciones técnicas o procedimientos parciales realizados cuyo fin último es coadyuvar a completar un embarazo, pero su fin inmediato es distinto y variado¹²⁰⁵.

Si ello es así, obvio es también que la expresión o concepto “reproducción asistida” puede entenderse como una cosa distinta a la expresión “técnicas de reproducción asistida”, de manera tal que en un sentido estrictamente lógico “reproducción asistida” es la consecuencia (resultado) de la “técnica de reproducción asistida” (conducta). ¿Porqué?. Pues porque sólo cuando la reproducción humana se “practica” mediante “técnicas” (salvo la inseminación asistida) puede distinguirse espacio temporalmente entre la acción de fecundar y embarazar o gestar¹²⁰⁶.

Pero, y como atinadamente lo destaca MARÍA DE LA PAZ DE LA CUESTA ¿qué acaso la reproducción humana se practica o se consigue? Obviamente, dado que por “practicar” debe entenderse el acto de “ejecutar, hacer, llevar a cabo”¹²⁰⁷, el tipo penal describe defectuosamente una conducta típica en la que entremezcla, confunde o no distingue el núcleo de la acción misma y su resultado. Es decir, “el legislador ha confundido la reproducción asistida con las técnicas utilizadas para obtener dicha reproducción”....donde el legislador ha dicho “practicare reproducción asistida” quería decir “practicare técnicas de reproducción asistida.....”¹²⁰⁸

¹²⁰⁴ Para la autora mencionada la respuesta es afirmativa.

¹²⁰⁵ Cfr: DE LA CUESTA AGUADO: “*La reproducción asistida humana sin consentimiento*, ob cit, pág. 26-28. El sentido amplio del término se desprende del artículo 1º de la LTRA, mientras que el sentido estricto se desprende del párrafo 3 de ese artículo 1º, de manera tal que, por ejemplo la selección de espermatozoides o de óvulos serán conductas que quedan abarcadas dentro del concepto de “técnicas de reproducción asistida”.

¹²⁰⁶ Por esta razón, DE LA CUESTA AGUADO: “*La reproducción asistida humana sin consentimiento*, ob cit, pág. 80 y ss, rechaza que la acción del artículo 162 consista en fecundar y el resultado en el embarazo.

¹²⁰⁷ Así lo define el Diccionario de la Lengua Española.

¹²⁰⁸ DE LA CUESTA AGUADO: “*La reproducción asistida humana sin consentimiento*, ob cit, pág. 81.

De esta manera entonces, estamos obligados a concluir que la conducta típica consistirá en **practicar las técnicas** de reproducción asistida en una mujer contra su voluntad, entendiendo el término “técnicas de reproducción asistida” en un sentido amplio y no estricto, sin que quepa considerar que el tipo requiere de un resultado típico vinculado a la obtención de un nuevo ser humano.

Dicho en otras palabras, la conducta típica consiste en introducir vaginalmente y de forma asistida¹²⁰⁹, “no natural”, semen u embriones, independientemente de que el semen fecunde un óvulo o que el embrión se implante. Por lo tanto, al no ser necesario el resultado de creación o implantación de un preembrión o embrión en el útero de la mujer, el tipo penal, indudablemente, ha planteado una hipótesis delictiva que encontrará colmados sus extremos típicos con la mera actividad sin la necesidad de observar resultado típico alguno¹²¹⁰.

Ello significa también, a diferencia de lo que sostiene BENÍTEZ ORTUZAR¹²¹¹, que aún y cuando se utilice semen incapacitado en una inseminación asistida, o embriones no viables o muertos en una transferencia intratubárica de gametos, no existiendo por ello posibilidad real de un embarazo o de un futuro alumbramiento, habría que estimar consumado el delito por el sólo hecho de que se practiquen las técnicas de reproducción asistida sin que sea preciso, insisto, la producción de resultado alguno.

6.1.5.1) Clasificación del tipo según la modalidad de la acción y según la relación con el bien jurídico.

Por lo tanto, es claro que el legislador ha prescrito un delito de lesión al bien jurídico a través de la mera actividad, consistente en la práctica de la reproducción asistida, que no requiere, se vuelve a reiterar, en la medida en que la conducta gira en torno al ataque a la libertad de la mujer, la producción de ningún resultado material para su consumación¹²¹².

¹²⁰⁹ Actualmente, vía las técnicas más extendidas y reconocidas como tales según el artículo 1.1 de la LTRA; FIVTE, IA o TIG.

¹²¹⁰ En contra, QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob cit pág. 52, para quien éste tipo se trata de un delito de resultado en el que la acción consiste en embarazar artificialmente a una mujer. También, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit pág. 697 y 698.

¹²¹¹ BENÍTEZ ORTUZAR: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana* ob cit, pág. 489. Esto último me parece constituye una contradicción por parte del autor, pues si bien antes afirmó que el tipo se consuma sin necesidad de resultado, ahora afirma que en los casos mencionados, así como en la hipótesis en que en que la mujer tenga instalado un DIU, no habrá este delito sino uno de coacciones.

¹²¹² JUNCO MANS: *Código penal de 1995, Comentarios y Jurisprudencia*, ob cit, pág. 1005; RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 111; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal*.

6.1.5.2) Imputación objetiva.

Sin afán de reiterarnos, habrá que insistir dada la estructura típica del delito, que es imprescindible para que la conducta pueda considerarse que ha realizado la parte objetiva del tipo penal, que ex ante aparezca como creadora del riesgo típicamente relevante, o lo que es igual, que para poder imputarla será necesario que fuera predecible que dicha acción supondría la realización de la conducta típica.

En otras palabras, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la acción requiere apreciar que la práctica de una técnica de reproducción asistida in consentida es en si misma una conducta creadora e incrementadora de un riesgo intolerable que origina la consecuente lesión para el bien jurídico.

6.2) Tipo subjetivo.

6.2.1) El tipo doloso.

El tipo subjetivo en éste delito esta integrado sólo por el dolo, consistente en la voluntad de llevar a cabo la práctica de reproducción asistida sobre una mujer sin su consentimiento, y sin importar, dado que no existe ningún otro elemento subjetivo adicional, la finalidad que el autor de la conducta persiga¹²¹³.

Y si la tipicidad de la acción quedará entonces excluida cuando exista consentimiento de la mujer sometida a la práctica de la técnica de reproducción asistida, no existirá posibilidad de apreciar otro dolo que el directo sin que quepa además, dada la naturaleza del delito como delito de mera actividad, la probabilidad de admitir el dolo eventual en esta figura típica¹²¹⁴.

6.2.2) Consideraciones en torno al consentimiento.

Parte Especial, ob cit, pág. 134; ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 178; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 836; RUIZ VADILLO: "Delitos relativos a la manipulación genética, Comentario", ob cit, pág. 1952; VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código penal*, ob cit, pág. 778.

¹²¹³ Por todos igual; GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 836.

¹²¹⁴ En sentido contrario; GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 702, para quien se dará el dolo eventual en el caso en que el autor prevea la posibilidad de que no se diera el consentimiento eficaz de la mujer y contará con dicha posibilidad.

Esto último nos obliga de igual manera a realizar una precisión, que estimo imprescindible, sobre lo qué debe entenderse a efectos del tipo penal por consentimiento, o mejor dicho “sin consentimiento”.

Como en líneas que anteceden lo señalamos, al requerir el tipo objetivo que la acción se realice sin el consentimiento de la mujer, el consentimiento otorgado actuará como una causa excluyente de la tipicidad. Así, para que el consentimiento sea jurídicamente válido y excluya al tipo, se requiere que el portador del bien jurídico tutelado tenga reconocida la facultad de disposición de dicho bien jurídico y que la misma manifestación de la voluntad sea eficaz¹²¹⁵.

Ahora bien, si según el artículo 2.1.b) de la LTRA sólo las mujeres mayores de edad podrán ser receptoras o usuarias de las técnicas reguladas en esa ley, siempre que, según el artículo 6.1 hayan prestado su consentimiento de manera libre, consciente, de forma expresa y por escrito, debemos plantearnos lo qué sucedería para efectos de la tipicidad en el caso en que no se cumplieren con los requisitos formales que en torno al consentimiento de la mujer que será sometida a una técnica de reproducción asistida se requieren, y a los que hace expresa referencia el mencionado artículo 6.1 de la LTRA¹²¹⁶.

Es decir, debemos plantearnos si para efectos del tipo es equivalente la ausencia de consentimiento que el consentimiento ineficaz o que el consentimiento viciado, o el consentimiento otorgado al margen de los requisitos formales del artículo 6.1 de la LTRA, en otras palabras, si cualquiera de las hipótesis planteadas darían lugar a la satisfacción del elemento objetivo del tipo “sin consentimiento”.

En primer lugar, no cabe duda que un consentimiento viciado, obtenido mediante violencia, intimidación o engaño no eliminaría ni excluiría el tipo objetivo¹²¹⁷, por tanto que

¹²¹⁵ Lo que excluye la validez del consentimiento otorgado por menores incapaces dado que la LTRA no ha previsto la posibilidad de que en estos casos el consentimiento pueda ser otorgado por sus representantes legales. En contra, ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 178, para quien la capacidad de consentir habrá que estimarla en cuanto a la capacidad natural de juicio y no a la mayoría de edad penal, civil o a la que la propia LTRA se refiere, debiendo extenderse esta “capacidad natural” a la comprensión de la trascendencia reproductiva del acto en el que se consiente, es decir, la maternidad y sus consecuencias.

¹²¹⁶ Artículo 6.1: “Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya **prestado su consentimiento** a la utilización de aquellas de manera *libre, consciente, expresa y por escrito*”.

¹²¹⁷ Salvo, en caso de engaño, cuando éste no afecte a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. Cfr; MIR PUIG: *Derecho penal, Parte general*, ob cit, pág. 519- 522.

aún así tendríamos que considerar que la conducta ha sido realizada “sin consentimiento” del sujeto pasivo¹²¹⁸.

En segundo lugar, para determinar si la omisión de las formalidades específicas que para el otorgamiento del consentimiento por parte de la mujer establece la LTRA (principalmente aquel que establece el requisito de que sea por escrito) daría lugar o no a la satisfacción del elemento típico “sin consentimiento”, debe recordarse o invocarse el principio de autonomía del Derecho penal frente al Derecho administrativo.

Si el principio de autonomía prevalece, ello significará que los requisitos establecidos por el artículo 6.1 de la LTRA no vincularían al artículo 162 del CPE de manera tal que no podrían ser referidos como elementos normativos en virtud de que ello implicaría, precisamente, aceptar la regulación del mismo supuesto por la norma administrativa.

Y por el contrario, si tan sólo se consideran elementos descriptivos, la validez del consentimiento otorgado al margen de los requisitos formales¹²¹⁹ quedarían sujetos a la determinación de la situación particular por parte del juez penal¹²²⁰.

Desde nuestro punto de vista, reitero, dado que el Derecho penal busca conocer la verdad material del hecho por encima de la verdad formal, en el caso en que los requisitos formales establecidos para el otorgamiento del conocimiento faltasen (por escrito) pero que a la vez fuera posible acreditar por cualquier otro medio de prueba de los admitidos por el Derecho que la mujer otorgó su consentimiento, no habrá tipicidad en la conducta¹²²¹, independientemente de la efectiva lesión a la disposición administrativa¹²²².

¹²¹⁸ Son precisamente estas las hipótesis (consentimiento viciado por haber mediado engaño relevante pero no esencial, como por ejemplo los casos de fraude del semen u óvulos en los que la mujer espera ser inseminada o fecundada con un semen determinado, o fraude de tratamiento) que en opinión de ROMEO CASABONA aconsejaban la introducción de una figura específica como la prevista.

¹²¹⁹ De esa opinión; GALÁN CORTEZ, JULIO CESAR; GARCÍA OCHOA, CARLOS: “Consentimiento informado y reproducción asistida humana”, La Ley, Nº 6, 1998, pág. 2358, quienes consideran plenamente válido el consentimiento acreditado por otro medio de prueba distinto al formalmente requerido.

¹²²⁰ En esa dirección se pronuncia DE LA CUESTA AGUADO: “La reproducción asistida humana sin consentimiento”, ob cit, pág. 110 y ss.

¹²²¹ También así, HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 295.

¹²²² En contra, MARIS MARTÍNEZ: “La genética en el ámbito de la Ley española”, ob cit, pág. 167 y 168. Igualmente, GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 702 para quien el consentimiento debe ser expreso sin que quepa en ningún caso el consentimiento presunto. Por las mismas razones, nos oponemos a esto pues no existe argumento que soporte la negación de la exclusión de la tipicidad en caso de consentimiento presunto (titular del bien jurídico que no puede manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que lo prestaría si pudiera) En realidad, insistimos otra

6.3) Error de tipo.

Es posible imaginar supuestos en los que el error de tipo conduzca en al ámbito de la tipicidad, irremediablemente, a la desincriminación del autor¹²²³, tal y como sería en el caso en que el sujeto que practique en una mujer una técnica de reproducción asistida crea erróneamente que existe consentimiento, hipótesis en la cual estaremos frente a un error de tipo que en caso de resultar vencible resultaría atípico al no estar tipificada la modalidad imprudente de comisión de éste delito.

6.4) Ausencia de antijuricidad.

Dado que nosotros preferimos ubicar en la tipicidad al consentimiento, o mejor dicho a la ausencia de este, la conformidad de la mujer, sujeto pasivo, reitero, excluye no sólo la responsabilidad penal del autor de la conducta, sino que excluye toda lesión al bien jurídico disponible por su titular. Consecuentemente, no es posible apreciar en el consentimiento ni en ninguna otra parte, alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta típica.

6.5) Requisito de procedibilidad.

Dentro de todo el Título V del Libro II que hemos analizado en su totalidad, el tipo del artículo 162 es el único que contiene un requisito de procedibilidad, situando en la denuncia de la persona agraviada el requerimiento para iniciar el procedimiento penal, configurándose por ende como un delito semipúblico¹²²⁴.

No obstante, al margen de la valoración misma sobre el acierto o no de la inclusión del requisito de procedibilidad en este delito, que consideramos no plantea ninguna cuestión particular sobre la que haya que insistir, deben destacarse dos cuestiones que surgen de los términos empleados por el legislador.

En primer lugar, la segunda parte del artículo 162 establece que para proceder por este delito será precisa denuncia de la *persona agraviada*, lo que nos hace cuestionar si puede existir alguna otra persona agraviada o perjudicada por la comisión de éste delito que

ves, se trataría más bien de un problema de prueba que de un problema de tipicidad o de causa de justificación.

¹²²³ Así se expresa; LESCH. H, HEIKO: "Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición", Poder Judicial, Nº 45, 1997, pág. 140. .

¹²²⁴ Y no privado dado que en el nuevo Código penal español desapareció la posibilidad de que el ofendido otorgara el perdón, al requerirse denuncia pero no querella para iniciarse el procedimiento. Cfr, GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob cit, pág. 837.

el propio sujeto pasivo - mujer misma - que ha sido sometida a la práctica de una técnica de reproducción asistida sin su consentimiento.

Si los artículos 6.3 y 6.4 de la LTRA disponen que se precisará, en caso de que la usuaria de las técnicas de reproducción asistida estuviere casada, del consentimiento del marido en los mismos términos formales exigidos para la validez del consentimiento de la mujer¹²²⁵, ¿puede considerarse al esposo de la “mujer casada” sometida a una técnica involuntaria de reproducción asistida como persona agraviada?.

Si consideramos que también el hombre es portador del derecho con fundamento constitucional a la procreación humana, pero sin olvidar que sujeto pasivo sólo será la mujer sobre quien recaerá la conducta típica, siendo posible imaginar inclusive, un supuesto en que el semen utilizado en la conducta típica fuese suyo, llegaríamos a la conclusión de que el requisito de procedibilidad “persona agraviada” lo incluiría y por tanto, tendría la facultad de denunciar el hecho que daría inicio al procedimiento penal.

Sin embargo, dado que la denuncia del varón sólo tendría efectos en el caso en que la mujer - sujeto pasivo - también así lo quisiera, no queda otro remedio que afirmar que el requisito de procedibilidad sólo le ha sido conferido a la mujer (por estar referido sólo a su consentimiento) aún y cuando, incorrectamente, el legislador haya utilizado indistintamente la expresión “persona agraviada” en lugar de haber utilizado la de “mujer agraviada”.

En segundo lugar, el hecho de que el legislador haya previsto la posibilidad de que la denuncia sea presentada, en nombre de la persona agraviada, por su representante legal y/o, en el caso de que “aquella” (se refiere a la persona agraviada) sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida¹²²⁶, por el Ministerio Fiscal, apuntalan lo antes dicho cuando hicimos referencia al bien jurídico que estimamos ha querido proteger el legislador¹²²⁷, y a la posibilidad de considerar sujeto pasivo del delito a una mujer “niña” aún y cuando, por su menor grado de desarrollo fisiológico, sea incapaz de llevar a cabo un embarazo.

¹²²⁵ Salvo que se encuentren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

¹²²⁶ Entendida por SERRANO GÓMEZ como aquella persona que carece de auxilio y protección. Cfr; SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 134.

¹²²⁷ En efecto, no puede desconocerse que el requisito de denuncia previa que en este delito a impuesto el legislador es prácticamente idéntico al que se contiene en el artículo 191 que se encuentra ubicado dentro del Capítulo VI - Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores - entre los cuales se encuentran aquellos que sancionan los delitos contra la libertad sexual, por medio, entre otros, de la agresión, acoso o abuso sexual, y que viene a indicarnos que el bien jurídico del artículo 162 que analizamos no puede desvincularse del valor libertad.

Ciertamente, si la denuncia sólo puede ser presentada por la persona agraviada, y siendo que esta sólo puede ser la mujer sometida a la práctica de una técnica de reproducción asistida in consentida, el hecho de que el legislador contemple la posibilidad de que la mujer incapaz o la menor de edad, sin distinguir grado alguno de desarrollo fisiológico (púber, o impúber) denuncie por conducto de su representante legal o Ministerio fiscal, viene a indicarnos que, dado que pueden ser sujetos pasivos del delito aún y cuando no puedan, en algunos casos, llevar a cabo un embarazo, que el objeto de protección en realidad esta referido a la libertad, específicamente, de la mujer.

6.6) Culpabilidad. Error de prohibición.

No existen especiales consideraciones o problemas específicos en cuanto a la culpabilidad e imputabilidad, ni tampoco cabe realizar especial consideración sobre un posible caso de error de prohibición.

6.7) Tentativa y consumación.

Si, según concluimos, el legislador ha prescrito un delito de mera actividad que consiste en la práctica de la reproducción asistida que no requiere de la producción de un resultado material, en tanto que la conducta gira alrededor al ataque a la libertad de la mujer, surge una interrogante obvia; ¿cuándo se realiza o se consuma el delito?. Lo anteriormente concluido nos lleva hacia esa respuesta.

Si el objeto material es la mujer sobre la cual se proyecta la conducta típica, y si la conducta hemos visto consiste en la practica de aquellas técnicas de reproducción asistida entendidas en un sentido amplio, el delito se consumará cuando la práctica de una técnica de reproducción asistida se realiza en la mujer, es decir, entendiendo que la conducta no es la puesta en marcha de las técnicas de reproducción asistida sino la práctica, en una mujer, de dichas técnicas.

De esta manera, si la acción trasciende para los efectos del tipo y su consumación a partir del momento en que se proyecte sobre el cuerpo de una mujer¹²²⁸, a contrario sensu, revestirán un carácter atípico toda aquella acción "técnica de reproducción asistida" - en sentido estricto - cuando no se haya empleado aún en el objeto material identificado en el cuerpo de la mujer.

¹²²⁸ También así, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob cit, pág. 134; ROMEO CASABONA: "Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética", ob cit, pág. 178.

Consecuentemente, no podemos coincidir con GRACIA MARTÍN cuando éste afirma que el delito es un delito de resultado material¹²²⁹ que ha de ser identificado con el producto de las técnicas de reproducción asistida que debe consistir en la producción efectiva de una fecundación artificial, ello es como mínimo, en la producción de un embrión preimplantatorio, de manera que cuando un embrión se obtenga mediante el procedimiento de fecundación in vitro, afirma, no será preciso que llegue a practicarse la transferencia o implantación del mismo en el útero de la mujer, ni que llegue a producirse el embarazo en la mujer¹²³⁰.

Y no podemos coincidir pues, según la lectura e interpretación que hemos realizado, el tipo habla de la práctica inconsentida de una técnica de reproducción asistida sobre la mujer; pues porque en ninguna parte se requiere que la práctica no consentida de una técnica genere un embarazo y; porque además de ello, el embrión no transferido pero creado con esa finalidad podría dar lugar al tipo del artículo 161.1 pero no a éste del artículo 162 como lo señala el autor citado.

Más bien, en realidad todos aquellos actos que bajo la acepción estricta de “técnicas de reproducción asistida” se comprendan, como sería la obtención de semen o de óvulos e inclusive su fertilización in vitro, habría que considerarlos, tal y como lo menciona el profesor ROMEO CASABONA, actos preparatorios impunes¹²³¹ en la medida en que no se haya utilizado todavía el cuerpo de la mujer¹²³².

Por ende, entendido como un delito de mera actividad cuya consumación se produce con la práctica de las técnicas de reproducción asistida, y que para considerar típica esa acción se requiere que ésta se lleve a cabo “sobre el cuerpo de una mujer”, más concretamente “dentro del cuerpo de una mujer”, consideramos que no cabrá la posibilidad de apreciar la comisión de éste delito en grado de tentativa, pues como ya antes lo señalamos, todas aquellas acciones que queden abarcadas dentro del término “técnicas de reproducción asistida” constituirán medios o actos preparatorios impunes o atípicos, y no así a acciones fraccionadas que darían lugar a una tentativa inacabada¹²³³.

¹²²⁹ De la misma manera, para SUÁREZ GONZÁLEZ; *Comentarios al Código Penal*, ob cit, pág. 458, estamos frente a un delito de resultado material.

¹²³⁰ GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 697 y 698.

¹²³¹ ROMEO CASABONA: “Genética y Derecho Penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a la manipulación genética”, ob cit, pág. 178.

¹²³² De idéntica opinión; DE LA CUESTA AGUADO: “La reproducción asistida humana sin consentimiento”, ob cit, pág. 84.

¹²³³ En contra, RODRÍGUEZ RAMOS: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob cit, pág. 111, quien sostiene precisamente lo contrario al considerar posible la tentativa inacabada. También, aunque por razones distintas, para GRACIA MARTÍN es posible admitir la tentativa que se dará cuando se hayan iniciado los actos de ejecución de una práctica de reproducción asistida y no se haya producido el

Es por ello, una vez que hemos determinado lo anterior, que podemos hasta ahora concretar y afirmar que la libertad como bien jurídico tutelado en éste delito no requiere precisarse o delimitarse a través de formulaciones tales como “libertad para ser o no sujeto de una reproducción asistida”, “la libertad en su vertiente como derecho a la libertad procreativa”, “derecho a la procreación”, etc, dado que en realidad, el bien jurídico es el mismo que en el delito de coacciones - la libertad - ,en este caso de la mujer, pero que, dada la naturaleza misma de los medios (posibilidad de lesionar el bien jurídico sin el empleo de violencia) su protección requería reafirmarse mediante un tipo autónomo en cuya formulación se prescindiera del elemento descriptivo - “violencia” - que sin embargo es imprescindible en la formulación del tipo de coacciones¹²³⁴.

6.8) Penalidad.

La pena prevista por el legislador para este delito, y que consiste en privación de la libertad de 2 a 6 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, es notoriamente superior a la pena privativa de libertad prevista para el delito de coacciones (seis meses a tres años) y más grave por cuanto que, además, plantea un sanción de inhabilitación especial que no existe en el delito de coacciones¹²³⁵.

Contraria y atinadamente, dadas las diferencias esenciales en los medios ejecutorios, la pena prevista es notoriamente inferior frente al delito de abuso sexual por falta de consentimiento del artículo 182¹²³⁶.

6.9) Concursos.

Finalmente, es posible imaginar varias hipótesis en que habría que apreciar distintas situaciones concursales, esencialmente, entre el delito que ahora nos ocupa y los delitos de lesiones, de fecundación sin finalidad procreativa del artículo 161.1 así como del Título VI, concretamente del de detenciones ilegales y coacciones.

resultado que identifica en la fecundación. GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, ob cit, pág. 705.

¹²³⁴ En forma similar, DE LA CUESTA ARZAMENDI: “Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 71.

¹²³⁵ HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y genética*, ob cit, pág. 296, estima que la pena debería, dado que la práctica de la técnica lleva normalmente aparejado un embarazo, elevarse hasta un máximo de ocho años.

¹²³⁶ En contra; DE LA CUESTA ARZAMENDI: “Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995”, ob cit, pág. 74, quien considera razonable equiparar las penas entre ambos delitos o cuando menos elevarlas hasta el límite máximo de la pena de prisión de ocho años.

Así, cuando la práctica de una reproducción asistida se llevare a cabo en una mujer sin su consentimiento pero además contra su voluntad, es decir, mediando violencia, podría apreciarse un concurso ideal entre el delito de reproducción asistida in consentida y el delito de coacciones o inclusive también, de detenciones ilegales¹²³⁷.

Igualmente, si como consecuencia de la práctica de la técnica de reproducción asistida in consentida se produjeran lesiones a la mujer, habría que apreciar otro concurso ideal entre el delito en estudio y el delito de lesiones, o bien, si la práctica de la técnica de reproducción asistida se realizara con ánimo libidinoso o lúdico, podría concurrir también un concurso real entre éste delito y el delito de agresiones sexuales¹²³⁸. Y por último, en aquel caso hipotético en que para practicar una técnica de reproducción asistida in consentida se fecunde un óvulo humano, cabría apreciar un concurso real, obviamente, entre ambas figuras delictivas¹²³⁹.

¹²³⁷ Ello sin perjuicio de apreciar también, según el caso concreto, un concurso medial en aquel supuesto en que, para realizar la conducta del artículo 162 sea necesaria objetivamente la producción del delito de coacciones, ello es, del uso de la violencia o de detenciones ilegales, privando de la libertad a la mujer, sujeto pasivo.

¹²³⁸ De éste parecer, HIGUERA GUIMERÁ: *Derecho penal y Genética*, ob cit, pág. 287.

¹²³⁹ Salvo que se considere que en la fecundación del óvulo haya una finalidad de procreación aún y cuando no exista consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

III. CONCLUSIONES SEGUNDA PARTE. CRITICA GENERAL.

Del análisis realizado sobre las figuras penales contenidas en los artículo 157 y 158 así como dentro del Libro II Titulo V del CPE se han desprendido numerosas observaciones y conclusiones de entre cuyas cuales vamos a destacar las más importantes:

1. Respecto de los artículos 157 y 158, consideramos que el legislador ha buscado colmar una laguna jurídica que existía a fin de proteger adecuadamente la integridad física, bien jurídico tutelado en ambos delitos - del feto - entendiendo por tal objeto material, de lege lata, ha aquella realidad humana en su estado de desarrollo embriológico a partir de la embriogénesis y hasta el momento del nacimiento, excluyéndose las lesiones y actuaciones realizadas sobre el preembrión y embrión humano, incluso anidado, antes del advenimiento de dicho estado.

Consecuentemente, en los términos de la crítica formulada, llegamos a la conclusión de que debe realizarse una modificación al tipo penal a efecto de que éste incluya y prevea todas las fases del proceso de desarrollo de la vida humana prenatal, sugiriéndose una redacción típica que disponga; "Comete el delito de lesiones al que por cualquier medio o procedimiento causare en un preembrión, embrión o feto, una lesión o enfermedad que perjudique su normal desarrollo, o provoque"

- En lo relativo al sujeto activo, aunque éste y todos los tipos analizados no requieren formalmente de ninguna cualidad especial, es innegable que de facto una parte de ellos está exclusivamente referida a los profesionales sanitarios, como lo evidencia el hecho de que la sanción del tipo doloso del artículo 157 incluya la pena de inhabilitación especial para ejercer "cualquier profesión sanitaria", y como lo evidencia también el hecho de que en el tipo imprudente del artículo 158 la pena es mixta y agravada para el caso, según concluimos, de los profesionales sanitarios a quienes puede exigirse un cierto nivel objetivo de cuidado por su especial relación frente a la mujer portadora aunque no titular del bien jurídico tutelado.

En la misma línea, comprendimos que la distinción que el legislador realizó a través del tipo del artículo 158, entre una imprudencia grave y una imprudencia profesional, deriva necesariamente en la especial cualidad que una parte del tipo imprudente materialmente requiere en el sujeto activo que ocasiona el resultado lesivo por infracción grave del deber objetivo de cuidado, lo cual también nos llevó a la conclusión que si bien en la imprudencia común no se requiere del especial conocimiento previo del estado de gravidez de la mujer, en la imprudencia profesional éste conocimiento previo es imprescindible y necesario.

- El legislador configuró, acertadamente, un tipo que contiene una configuración de delito de lesión - “causare” - y de resultado material instantáneo - “lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo” - entendiendo por ello la alteración patológica de los órganos o de los tejidos del feto de manera que limite y dificulte su evolución biológica o; - “provoque...una grave tara física o psíquica” -, entendiendo por tal aquella mal formación que genere una disminución física o psíquica que, según concluimos, puede ser permanente e irreparable, o bien, no permanente y reparable.

2. La ratio legis del tipo penal del artículo 159.1 CPE se encuentra en evitar el establecimiento y determinación de las características genotípicas en los seres humanos. Por consecuencia, el bien jurídico configurado es la inalterabilidad del patrimonio genético humano no patológico entendido en una doble dimensión; individual y colectiva.

- Quedan abarcadas por el tipo las manipulaciones realizadas no sólo sobre células no diferenciadas sino incluso las practicadas en células diferenciadas - somáticas - sobre seres humanos, por tanto que desde la perspectiva de nuestro estudio también comprometen el derecho, bien jurídico, del individuo en si mismo considerado a un patrimonio genético no alterado. En tal virtud, aún y cuando dichas acciones manipuladoras sobre un ser humano ya nacido puedan comprometer directa o indirectamente su integridad física, quedarán al margen de éste tipo, pudiéndose observarse a lo sumo una relación conflictual entre éste tipo y el correspondiente al delito de lesiones.

- En consecuencia, el objeto material del delito se circunscribe o localiza, obviamente, tanto a la células humanas diferenciadas y las no diferenciadas, y como sujeto pasivo, atendiendo a la circunstancia del caso concreto, al embrión no anidado, anidado o feto, vivo y viable, la persona humana en cuanto tal o bien, a la humanidad en su conjunto.

- Los términos empleados por el legislador para la redacción de ésta figura típica, específicamente el referido al término “manipular genes humanos” y “de manera que se altere el genotipo”, resultan confusos, por tanto que no se delimita o distingue con claridad entre el ámbito de la conducta, la realidad concreta, y sus consecuencias materiales.

Por ende, concluimos que el núcleo de la conducta típica debe entenderse en la modificación de la estructura y características de la herencia y patrimonio genético del ser humano y/o de la especie humana, actuando sobre el material genético en el organismo humano, cuando ésta busque imponer determinadas y específicas características genotípicas y fenotípicas en un ser humano, de manera tal que lo que el tipo penal prohíbe no es la variación en si de la estructura original del contenido genético del ser humano como consecuencia de la acción - que siempre se produce - sino la imposición arbitraria de una serie de características determinadas en o sobre el ser humano a través de dichas manipulaciones.

- En tal orden de ideas, la alteración del contenido genético no debe considerarse como el resultado material requerido de la conducta típica en tanto que ello tiene lugar siempre al ser consecuencia necesaria de toda intervención genética en genes humanos sobre seres humanos que, según su finalidad, podrá o no legitimarse.

- En tanto que no es posible identificar en la alteración del contenido genético del ser humano o de la especie humana, ya sea a través de la recomposición o recombinación de genes en células diferenciadas o no diferenciadas, el resultado lesivo de la conducta, ya que ello constituye siempre un elemento inherente de ella en la cual no puede apreciarse la causación de un resultado separable espacio temporalmente de la conducta, es indudable que el tipo penal ha de entenderse como un delito de mera actividad y no de resultado.

- Los supuestos de hibridación e incluso de creación de quimeras humanas son conductas que no quedan abarcados por éste tipo penal a pesar que dichas conductas son capaces de comprometer el mismo bien jurídico por tanto que conllevan a la conformación de genotipos extraordinarios y diferentes compuestos, a partir de la fusión de preembriones y gametos humanos y animales, ya no sólo de genes humanos. Sin embargo, la existencia y permanencia en el marco normativo administrativo de aquellas disposiciones que prevén específicamente esas conductas (incisos p), q) y r) del artículo 20.2.B) Ley 35/1988) constituyen indicios determinantes para concluir que la intención del legislador ha sido la de mantener esas conductas al margen del tipo y, consecuentemente, del Derecho penal, por lo que, de lege lata concluimos, en caso de así realizarse la acción de hibridación o de creación de quimeras, ellas habrá que considerarlas atípicas para los efectos del tipo penal del delito del artículo 159.

- A pesar de que los tipos penales de los artículos 159.1 y .2 formalmente expresan dos modalidades subjetivas distintas; una dolosa consistente en la intención no terapéutica de intervenir en la configuración genética de un ser humano y; una culposa o imprudente, consistente en la modificación de la configuración genética de un ser humano presidida de una intención terapéutica pero realizada sin respetar las reglas mínimas de la actividad propia del terapeuta genetista, en realidad la modalidad imprudente del artículo 159.2 carecerá siempre de trascendencia jurídico penal por las diversas razones aducidas en la investigación, y de entre las cuales destacamos las dos siguientes:

- a) Admitir la modalidad imprudente respecto de conductas realizadas con finalidad terapéutica, pero infringiendo normas objetivas de cuidado, produce una contradicción valorativa con la regulación del delito de aborto, en tanto que si el aborto eugenésico no es punible, resulta contradictorio castigar a quien mediante una conducta imprudente, realizada con finalidad de eliminar taras o enfermedades

graves, por ejemplo en un feto humano, y así evitar un aborto, produjera una alteración del genotipo, y;

- b) No puede ubicarse en la alteración del genotipo el ámbito de protección de la norma ya que ello es inherente a la conducta, y tampoco en la no consecución de la eliminación o disminución de las taras o enfermedades graves o en la causación de nuevas enfermedades (trastornos genéticos producidos como consecuencia de una manipulación genética lícita), ya que ello quedaría cubierto por otros tipos penales que, dependiendo del ser humano sobre el cual se actúe, darían lugar a la comisión de delitos tales como lesiones, lesiones al feto, aborto, etc. Es decir, ya se dijo antes, el tipo imprudente es de imposible configuración, pues al estar referida la conducta dolosa a la alteración genotípica eugenésica experimental, la consecuencia de la conducta imprudente no puede referirse al resultado identificado en el fracaso terapéutico.

En otras palabras, aceptar que la modalidad imprudente prevé el supuesto de aquellas acciones terapéuticas realizadas violando la *lex artis* del profesional genetista, vendría a significar que el legislador buscó conceder relevancia penal a la **alteración del genotipo** cuando las actuaciones terapéuticas no se lleven a cabo conforme a la *lex artis*. Empero, no es posible afirmar la existencia o posibilidad material de comisión de éste delito en una modalidad imprudente, pues rechazamos que el tipo requiera como resultado la alteración del genotipo derivado de la actuación lícita desarrollada de manera gravemente imprudente.

3. La figura penal contenida en el artículo 160 del CPE está estructurada a partir de un delito de peligro abstracto para el bien jurídico que se identificó en la supervivencia de la especie humana.

- El objeto material de la conducta típica podrá ser todo aquello que se defina como material genético, humano y no humano, no encontrándose tampoco en estos casos requisito alguno en torno a la calidad o cualidad especial del activo del delito, aún y cuando por la naturaleza de la acción típica misma, de hecho, sólo podrán serlo aquellos que posean la erudición necesaria como para poder emplear conocimientos tan específicos como suponen ser los de ingeniería genética.

- La conducta típica precisada por el tipo, que exige que la futura y eventual producción del arma biológica se realice a través de la “utilización de la ingeniería genética”, nos llevó, por las razones esgrimidas, a la conclusión de que el ámbito de la conducta está referida a las técnicas de recombinación de material genético y no así al simple empleo o manejo del material genético.

- La falta de una tipificación de la conducta en una modalidad imprudente constituye un acierto del legislador por lo que no cabe admitir las críticas que en ese sentido se han dirigido. Por ello, rechazamos aquella postura doctrinal que considera necesaria la incorporación de la modalidad imprudente de éste delito, recordando que el núcleo de la conducta que el tipo penal ha previsto reside en la utilización de la ingeniería genética con el fin específico de producir un arma biológica o exterminadora de la especie humana, y no así la utilización de ella, pues, insistimos, éste tipo penal en concreto ni sanciona la liberación al medio ambiente de organismos genéticamente modificados, que bien podría realizarse imprudentemente, ni la producción del arma - que no puede producirse accidentalmente - sino el empleo de una técnica determinada hacia un específico e intencional fin.

4. Del análisis en conjunto de marco normativo español arribamos a la conclusión de que el bien jurídico del artículo 161.1 es la vida del preembrión en si mismo considerado que ha sido generado a través de la acción concreta de fecundar óvulos humanos.

- El objeto material del delito son los gametos humanos viables, es decir, indubitadamente los óvulos humanos y definitivamente los espermatozoides humanos. Consecuentemente, al no incluirse gametos no humanos, quedan también en éste caso fuera de los extremos del tipo penal la creación de híbridos hombre - animal a través de la fecundación de un óvulo humano y un gameto animal.

- La conducta típica señalada por el legislador a través de la expresión “fecundar óvulos humanos”, nos llevó a la conclusión de que en ello reside exclusivamente la acción típica, y que sólo hasta que la fusión de los núcleos de los gametos se haya dado podrá hablarse de un resultado de la conducta con la creación del embrión humano.

- El legislador ha configurado un delito de resultado y de peligro concreto para el bien jurídico identificado en la vida del preembrión, cuya finalidad perseguida, concretada en la falta de finalidad procreativa, determina la relevancia penal de la conducta. Ello incluyó, desde nuestra perspectiva, aquellas acciones que busquen en la creación del embrión una finalidad procreativa indirecta, como podría ser la creación del embrión a través de la fecundación asistida para efectos de practicar un diagnóstico genético preimplantatorio que traerá aparejado la necesaria inviabilidad y/o consecuente destrucción del embrión mismo.

Por tanto, la creación de un preembrión a través de la acción típica de fecundar gametos humanos con la finalidad de realizar, ante su objetiva idoneidad y necesidad, un diagnóstico preimplantatorio, es una conducta que sólo quedará extramuros del tipo subjetivo de éste delito en la medida en la que el diagnóstico no lleve aparejado su necesaria destrucción y/o inviabilidad pues, concluimos, de lo contrario será imposible identificar en su creación una finalidad procreativa.

5. Del análisis del tipo del artículo 161.2 se han desprendido no pocas conclusiones que intentaremos brevemente condensar.

- Por su redacción típica debe afirmarse que el tipo penal, insatisfactoriamente, sólo sanciona la creación de seres humanos idénticos exclusivamente cuando ello se realice a través de aquel procedimiento o técnica que se defina como “clonación”, lo cual significa que; el término “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”, no expresa ni jurídica ni materialmente un medio comisivo alternativo de creación de seres humanos idénticos, y; que rechazamos la posibilidad de interpretar que en el tipo se contiene más de una forma comisiva distinta de producción del resultado identificado en la creación de seres humanos idénticos, tal y como lo prueba la existencia de la hipótesis contenida en la norma administrativa del artículo 20.2.B).m) en la que se prevé como infracción muy grave la **partenogénesis** o estimulación al desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, y que en esencia no constituye otra cosa sino, precisamente, que **la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro**.

Por ende, se propone de lege ferenda una modificación a éste tipo penal para que, en principio, la expresión “u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” se sustituya por “o cualquier otro procedimiento”, eliminándose la expresión “dirigidos a la selección de la raza”, de manera tal que no se limite el ámbito del tipo a la creación de seres humanos idénticos exclusivamente a las técnicas de clonación, sino que estructure un tipo a partir de medios indeterminados de realización de la conducta que sería penalmente relevante en tanto busque crear y sin una finalidad reproductiva o terapéutica legalmente autorizada, **por cualquier medio**, la generación de seres humanos idénticos y/o “idénticamente modificados”.

- A diferencia de lo que ocurre en otras figuras penales, en el delito de creación de seres humanos por clonación se han vislumbrado varios bienes jurídicos - de dimensión individual y colectiva - que podrían verse comprometidos y que se han concretado, entre otros, en la diversidad genética de la especie humana, en el derecho a tener una dotación genética doble, en el derecho a tener un padre y una madre biológicos, en la identidad e irrepetibilidad genética del futuro ser humano y en la vida del ser humano así creado en sí mismo considerado, etc, y que, dependiendo de la variante empleada y de la finalidad perseguida, pueden o no llegar a comprometerse.

Por lo tanto, rechazamos tanto aquellas categorizaciones doctrinales que de manera excesivamente genérica califican de ilícita en sí misma a la clonación humana reproductiva, cuanto aquellas que señalan sin distinción o matización alguna, que es lesiva de una gran cantidad de esos bienes jurídicos, no sólo por cuanto consideramos es necesario particularizar los supuestos a fin de identificar qué o cuál de esos bienes jurídicos se

comprometen con las distintas técnicas de clonación humana y la finalidad perseguida, sino porque además en muchos de ellos, la técnica de clonación humana ni siquiera es capaz materialmente de comprometerlos. Consecuentemente, la prohibición penal del tipo no puede extenderse a todas las modalidades de las técnicas definidas como clonación y con cualquier fin, dado que cada una de ellas merecen una valoración jurídica individual en virtud de las diferentes posibilidades reales y materiales de afección a los bienes jurídicos identificados.

- En ese orden de ideas, dado que la creación de seres humanos a través de la técnica de clonación por medio de la separación embrional u gemelación artificial con finalidad reproductiva, no lesiona o pone en peligro ni el bien jurídico colectivo identificado en la diversidad genética de la especie humana, ni los bienes jurídicos individuales concretados por la doctrina en el derecho a tener un padre y una madre biológicos, en el derecho a tener una dotación genética doble, en la integridad física, en la irrepetibilidad o identidad genética del futuro ser o en la vida humana del preembrión humano así generado, imposible resulta considerarla como una acción típicamente relevante para los efectos de éste artículo 161.2 del CPE.

- Asimismo, en la variante de la técnica de clonación reproductiva consistente en la transferencia de núcleos provenientes de un ovocito a otro, previamente enucleado, que hasta entonces sería activado, o por medio de trasplante del núcleo de un blastómero - proveniente de un embrión obtenido por fecundación in vitro a un citoplasma de un óvulo donado y enucleado, no se identifica lesión o puesta en peligro de los bien jurídicos precitados en virtud de que esa técnica no implica la modificación, supresión o sustitución de contenido genético perteneciente a ser humano alguno, ni trae como resultado que el ser humano así creado sea idéntico a algún otro, o que su dotación original se modifique o destruya, o que en el desarrollo de ésta particular técnica se identifiquen o prevean efectos secundarios desconocidos que signifiquen un riesgo para la integridad física del futuro ser así generado, razón por la que, insistimos, el desarrollo de la conducta y la realización del resultado tampoco quedan abarcados por el tipo penal del artículo 161.2 del CPE.

En consecuencia, en los términos actuales en los que se encuentra configurado el artículo 161.2 sólo debe sostenerse la prohibición de la creación de seres humanos idénticos a través de cualquier técnica de clonación, desde o bajo una perspectiva individual del bien jurídico - en sintonía con el tipo del artículo 161.1 - cuando su creación obedezca a cualquier otra finalidad que no sea su futura implantación o desarrollo dentro del útero de una mujer, es decir, cuando se creen seres humanos por clonación con cualquier finalidad distinta a la procreación, y fuera de los límites a los que nos hemos referido en la investigación.

Por ende y en resumen, aún y cuando la gemelación implica la realización formal del resultado, "creación de seres humanos idénticos", la finalidad procreativa impide, a nuestro juicio, aún y cuando se satisface la descripción típica, considerar lesionado o puesto

en peligro el bien jurídico individual - no instrumentalización del embrión en cuanto vida humana - de manera que tal conducta precedida de una finalidad procreativa debe quedar extramuros del tipo penal por tanto que en la realización de ese resultado no se aprecia lesión o puesta en peligro para el o los bienes jurídicos. E incluso también, si de esa gemelación y posterior transferencia se genera un embarazo gemelar - se implantan dos embriones - y éste termina en el nacimiento de dos seres humanos, idénticos, tampoco podemos observar la lesión o puesta en peligro a alguno de los bienes jurídicos individuales destacados, o incluso del bien jurídico colectivo - diversidad genética - por cuanto que éste requiere de la creación de muchos, varios, quizá decenas, para poder amenazarlo o lesionarlo.

- Desde la misma perspectiva, la creación de un preembrión a través de la acción típica de clonar con la finalidad de realizar un diagnóstico preimplantatorio, incluso objetivamente indicado y necesario, es una conducta que sólo quedará extramuros del tipo de éste delito en la medida en que el diagnóstico no suponga su inutilización para la reproducción, ello es, que no lleve aparejado su necesaria destrucción y/o inviabilidad, pues de lo contrario no resulta posible identificar inicialmente en su creación con finalidad de practicar un diagnóstico, una finalidad procreativa.

- Por ello, rechazamos la afirmación de que el tipo penal no abarca las técnicas de clonación humana en sí mismas, sino la creación de seres idénticos por clonación, entendido por ello a partir del nacimiento de más de dos seres humanos genéticamente idénticos, por tanto que esa afirmación, por un lado, no ha considerado dentro del escenario de la reflexión a la vida del preembrión mismo creado por estos medios como bien jurídico individual y, por el otro, por cuanto ello constituye una contradicción excesiva con el tipo del apartado 1º del mismo artículo 161 que prohíbe el mismísimo resultado - la creación de embriones sin finalidad procreativa - sólo que en ese caso el resultado se obtiene por un medio distinto a la clonación, a partir de la fecundación.

Por lo tanto, si a través de cualquier técnica de clonación se crea uno o varios embriones, sin finalidad procreativa, aún y cuando no haya lugar a la gestación y nacimiento incluso de ninguno de ellos, el tipo penal estará satisfecho, pues ni de la configuración del bien jurídico individual ni de la redacción típica se requiere que los seres humanos clonados nazcan y se “conviertan” en personas para que el tipo penal quede colmado en sus extremos típicos.

En otras palabras, el hecho de que los embriones humanos clonados, premeditadamente no se implanten y no se inicie la gestación o el futuro nacimiento, no obsta para considerar que la afectación al bien jurídico en éste perfil individual no se ha realizado al momento en que se verifica el resultado al que el tipo penal se refiere - creación de *seres humanos idénticos* - colmándose así sus extremos típicos.

Es decir, ni duda cabe que la clonación humana no reproductiva, realizada en cualquiera de las variantes, y al margen que de entre sus finalidades se comprendan fines tan loables como la creación de tejidos u órganos indudablemente útiles para la cura de determinadas enfermedades, es una conducta que queda abarcada dentro del tipo penal del artículo 161.2 en tanto **se traduce en una instrumentalización del preembrión humano** que importa una afección al bien jurídico tutelado - vida humana - del preembrión humano en sí mismo considerado.

- Por el otro lado, aún y cuando se considere que desde una perspectiva colectiva, el bien jurídico concretado en la diversidad genética de la especie humana podría hipotéticamente comprometerse a través de la técnica de transferencia del núcleo de una célula enucleada proveniente de un ser humano ya nacido a un óvulo previamente desnucleado y sin finalidad terapéutica y reproductiva, por cuanto que la masiva repetición de un determinado acervo genético podría llegar a perjudicar la heterogeneidad necesaria para el desarrollo y supervivencia de los seres humanos, en realidad ello lo hemos considerado más como un argumento de oportunidad, al ser tan lejano el posible compromiso material de dicho bien jurídico, que una verdadera ratio legis.

- Por ello, junto a la clonación no reproductiva, sólo la clonación reproductiva por medio de la técnica de transferencia del núcleo de una célula proveniente de un ser humano ya nacido **podría quedar comprendida o abarcada por éste tipo penal**, en tanto que su uso o desarrollo según el estado actual de la ciencia, *podría* dar lugar al nacimiento de seres humanos que *podrían* padecer importantes trastornos físicos, concretándose así como bien jurídico la integridad física del futuro ser humano clonado.

- El objeto material se identifica según la técnica de clonación de la cual se trate, pudiendo ser, o los gametos femeninos (óvulos), o los núcleos de las células provenientes los seres humanos nacidos, o los preembriones, cigotos o fetos de los que fueran tomadas las células para la transferencia o para realizar el proceso de gemelación. Por la misma razón, **el sujeto pasivo varía** y se ubica para el caso de la clonación no reproductiva en el ser humano mismo que haya sido así creado; en el caso de la clonación reproductiva por medio de una transferencia que parta del núcleo de una célula de un ser humano nacido, en la futura persona y, con las reservas de la posición asumida respecto del bien jurídico en su dimensión colectiva, identificado en la diversidad genética de la especie humana, habría que identificar al sujeto pasivo en la sociedad en su conjunto.

- El legislador previó un delito de **resultado material**, ya que para la realización del delito debe producirse la creación de seres humanos idénticos, lo que significa que son admisibles las formas imperfectas de ejecución en que la tentativa es posible apreciarla desde el momento mismo en que la técnica de clonación con trascendencia típica persiga la

creación de seres humanos idénticos, aún y cuando ello no se consiga, y no hasta o a partir de que los embriones clonados hayan sido utilizados para la reproducción humana.

- Teóricamente, en los supuestos de una **clonación reproductiva** el tipo prevé un delito de **peligro abstracto para el bien jurídico colectivo** - *diversidad genética* y un delito de **peligro concreto para el bien jurídico individual concretado en la integridad del futuro ser humano**. En el caso de un supuesto de **clonación no reproductiva**, el tipo penal prevé un **delito de peligro concreto para el bien jurídico vida humana**, concretado en la no instrumentalización de ésta.

- Como resultado de todo lo anterior, entendemos que la paridad punitiva entre las conductas del primer y segundo párrafo que de éste artículo estableció el legislador, constituye un indicio en favor de nuestra argumentación acerca de la identidad del bien jurídico, es su vertiente individual, de ambas hipótesis delictivas, pues aún y cuando no pueda desconocerse que en la hipótesis delictiva del art 161.1 la creación está precedida específicamente por una finalidad destructiva de la vida humana, mientras que en la segunda textualmente no se aprecia ninguna finalidad específica para limitar o legitimar la conducta, hemos interpretado y entendido que ello no es obstáculo para estimar que ambos tipos están referidos a la creación y posterior destrucción de la vida humana, y que explica, reitero, la paridad punitiva de la pena frente a la afinidad entre el objeto de protección de ambas figuras delictivas que, en su perspectiva individual, es posible identificarla en la vida humana preembrionaria.

6. Por último, el artículo 162 del CPE ha incorporado una figura típica novedosa en la que claramente se aprecia la ya denunciada falta de orden y de relación sistemática, tanto en relación con el resto de los tipos penales y sus correspondientes bienes jurídicos contenidos en éste Título V, cuanto por el hecho de que el tipo esté incorporado bajo epígrafe del Título V “manipulación genética” a pesar que la conducta carece en si misma de corte o contenido genético.

- El bien jurídico tutelado es indudablemente la libertad de la mujer sometida a la práctica de una técnica de reproducción asistida in consentida, siendo ella misma el objeto material y el sujeto pasivo de la conducta delictiva.

- Por “practicaré reproducción asistida”, núcleo de la conducta típica, debe entenderse la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida en una mujer contra su voluntad, introduciendo en ella de manera asistida, semen o embriones, independientemente de que el semen fecunde al óvulo o el embrión se implante en el útero de la mujer, de forma tal que el delito en su estructura, al no requerir la producción de resultado alguno, se debe entender como de mera actividad y de lesión para el bien jurídico.

- Por la naturaleza de la acción típica, misma que requiere proyectarse sobre una mujer, introduciendo en ella semen o un preembrión humano, se descartó la posibilidad de considerar sujeto pasivo del delito al hombre, transexual, incluso que parezca externamente como mujer si sus órganos reproductivos internos son masculinos, en virtud de la imposibilidad material de realizar la conducta típica sobre un objeto que, además, habrá de considerar inidóneo. Contrariamente, afirmamos la posibilidad de considerar sujeto pasivo del delito a la mujer impúber o estéril sobre quien materialmente existe posibilidad de realizar la conducta típica, ya que en ningún momento puede suponerse que el tipo requiera la producción de resultado alguno.

- La tipicidad objetiva del delito está condicionada a la falta de consentimiento de la mujer sobre la cual se practique la acción típica de reproducción asistida; no obstante, concluimos que la falta de formalidad, ello es, el incumplimiento a las normas administrativas que establecen los requisitos formales que el consentimiento de la mujer debe tener para proceder a practicar en ella cualquier técnica de reproducción asistida, no condiciona ineludiblemente la tipicidad objetiva de la conducta.

- Para finalizar, observamos que el requisito de procedibilidad establecido por el legislador dentro del artículo 162 precisa que la denuncia sea presentada por la persona agraviada, lo cual supondría pensar que existe la posibilidad de que, además de la mujer, pueda ser otra persona la que resulte agraviada con la comisión del delito. Empero, la conclusión alcanzada no se compadece de esa interpretación por tanto que, según vimos, la denuncia de la hipotética persona agraviada estará condicionada a la de la propia mujer, de forma tal que el requisito de procedibilidad, aún y cuando incorrectamente no se señale así, sólo corresponde a la mujer agraviada sobre la cual se hubiese practicado una técnica de reproducción asistida sin su consentimiento tácito o expreso.

III) CONCLUSIONES FINALES.

Las consecuencias, paradójicas, que el desarrollo de las técnicas de la ingeniería genética recombinante y de reproducción asistida provocan, han tornado en evidentes las razones por las cuales a nuestra generación le corresponde, quizá por primera vez, frente al vertiginoso desarrollo que en los últimos cincuenta años ha sufrido la relación entre la moderna tecnología, la ética biomédica y el Derecho, cuestionar el aforismo de que todo avance científico constituye "per se" un beneficio para la humanidad.

Todo lo contrario, inauguramos y vivimos ya en una época en la que siempre - y siempre no es poco tiempo ni poca responsabilidad - tendremos que cuestionarnos el cómo conciliar los beneficios generados por el desarrollo de la ciencia sin limitar su investigación, y si seremos capaces o estaremos preparados para manejar e utilizar lo bueno de ésta. Nosotros pensamos que la única respuesta que cabe es que si, por supuesto que si, pero en la medida en la que mostremos capacidad para señalar la frontera entre el no que no trunque la creatividad del investigador y que al mismo tiempo no trunque ni las condiciones ni las posibilidades en donde han de seguir desarrollándose los seres humanos.

Por ende, como lo hemos destacado y expresado a través de infinidad de fuentes y en diversos contextos, hemos de insistir en que los avances en el campo de las nuevas tecnologías, particularmente las genéticas y reproductivas que han sido analizadas en la investigación, ya no son por definición licitas, o ilícitas, en si mismas, sino que ahora, dicha valoración está y estará sujeta al momento y estado de su desarrollo, así como del análisis específico en hipótesis concretas, presentes y futuras, de aplicación.

Sin embargo, esa labor nada sencilla es pues, además, la valoración de los usos de la ingeniería genética y de las técnicas reproductivas dependen y dependerán del modelo de sociedad en donde se desenvuelvan, es decir, en palabras de SÁNCHEZ MORALES, la valoración está indudablemente condicionada a la luz de los valores preeminentes en una determinada sociedad, por tanto que las dimensiones básicas responden, por un lado, a los elementos axiológicos que conforman lo modelos de sociedad, con valores e ideas divergentes sobre el hombre, la naturaleza y la sociedad, y por el otro, a los fines y objetivos futuros que las mismas sociedades vayan marcando, con la consecuente diferenciación, determinación y concepción de la forma o formas particulares de entender al hombre, la naturaleza, y la sociedad. En otros términos, la valoración depende del tipo de sociedad en que se inscriba.

Tomando ello en consideración, tenemos que recordar y aprender del pasado, e imaginar y reconocer para el presente y el futuro, la existencia de "lapsus éticos" y la posibilidad de que en la sociedad estos se sigan manifestando, dando luz a toda una gama de argumentos prohibitivos respecto de todo aquello que rebase la noción general de dicha sociedad en un determinado momento.

No obstante, sumamente importante y no menos difícil seguirá siendo el no confundir ni olvidar, y en saber discernir, de entre aquellas causas que fundamenten una determinada prohibición por razón de sus consecuencias, y de entre aquellas cuyo fundamento no sea otro que la imposición de una medida temporal basada en la exigencia de los tiempos, en la que se busque sostener jurídicamente la prohibición de una actividad permitida a la luz de los escollos éticos de la época.

Es decir, hay que recordar y reconocer la existencia de normas que se configuran como medidas temporales que prohíben lo que si es permitido.

En otras palabras, toda evaluación que los sistemas legales y éticos tienen que hacer del desarrollo, logros y avances tecnológicos, ha de realizarse, justamente, a través de la confrontación de éstos, con todos y cada uno de los cimientos fundamentales, entre ellos éticos, que dan origen al mismo ordenamiento legal. Consecuentemente, no nos ha sorprendido que mientras ésta confrontación tiene lugar, el Derecho haya decidido hacer una pausa antes de permitir la realización de acciones que puedan desencadenar consecuencias que no puedan evaluarse plenamente por y en un determinado y específico contexto histórico temporal, y más aún cuando son precisamente pocos los tópicos que tienen tanta repercusión social como los derivados de los desarrollos en materia de ingeniería genética y reproductiva humana.

Empero, ello no puede ni debe conducir a la parálisis, sino todo lo contrario, debe motivar el estudio y asunción de las consecuencias para buscar concretar el marco normativo en que se desenvolverá.

Por consiguiente, estoy convencido que en las hipótesis analizadas de las técnicas genéticas y reproductivas, la Ley debe seguir enfrentándose, para poder conformarse, entre la obligación de tender los mecanismos para ayudar a quienes lo necesiten - necesidades que particularmente referidas en nuestro trabajo se han concretado en términos generales en facilitar la ayuda a quienes quieran y no puedan reproducirse, permitiendo y regulando los avances en esa materia, e igualmente regulando y facilitando el uso de los avances en ingeniería genética que permitan a los seres humanos acceder a la cura de la enfermedad, dolencia o malformación que le aqueja o aquejará, a él o a sus descendientes - y entre la obligación y responsabilidad que tiene de tomar en cuenta que no todo lo que el individuo o sociedad quiera o pueda hacer es adecuado y por ello permitido.

Así entendido, el quid de la cuestión seguirá radicando en resolver y/o diferenciar entre lo que resulta adecuado o inadecuado, en función de sus consecuencias, y de ahí, entre lo que debe ser permitido o prohibido, incluso penalmente, por lo que es indudable que para poder acceder a cualquier determinación, válida, debe atravesarse por un proceso en el que se defina o realice un planteamiento de cada uno de los conceptos - qué es cada técnica -, cuáles son y cómo se evalúan los impactos sociales que genera su desarrollo, cuáles son los objetivos que pueden en teoría perseguirse con ellas y cómo afectan a cada una de las partes que en ellas intervienen, adoptando decisiones consensuadas y ofreciendo una información clara a la sociedad en general que contribuya a la conformación de una percepción pública fundamentada en un conocimiento riguroso, objetivo, de cada una de las técnicas, en este caso de ingeniería genética y reproductiva, y que sirva, hasta entonces, para realizar la valoración general de sus repercusiones, traduciéndolas en normas jurídicas.

Y si bien, justo es reconocer, existe una tendencia hacia la mayor información, es aún, desafortunadamente, manifiesta la falta de una verdadera discusión, evaluación y conocimiento a nivel social, normativo y jurídico, acerca de las consecuencias reales del desarrollo de las técnicas analizadas y de los objetivos que con ellas se persiguen, así como la prácticamente nula conformación de una percepción pública fundamentada en el conocimiento objetivo de las técnicas genético reproductivas, cuya ignorancia esté motivada, quizá, por el papel que en éste contexto juegan intereses económicos del más alto nivel.

Por lo tanto, las conclusiones alcanzadas tanto en la primera cuanto en la segunda parte de nuestro trabajo, y que damos aquí por reproducidas, han pretendido ser el reflejo de un análisis objetivo de las técnicas multireferidas a todo lo largo y ancho del trabajo, que confrontadas sobre la base del sistema jurídico en el que se inscriben, y de sus posibles hipótesis, objetivos y finalidades, nos han permitido en los términos siguientes, realizar nuestro objetivo, ello es, a través del análisis de los tipos penales, criticar los límites normativos actuales, determinar de lege ferenda el marco más adecuado de permisibilidad o de prohibición, y de ahí, partiendo de dichos principios jurídicos y jurídico penales, su ámbito más eficaz de protección.

- 1) Por la forma en la que el Título V está conformado, ello es, ante la diversidad de bienes jurídicos distintos agrupados en un mismo Título, se ha dado una ruptura importante a la pretensión sistemática exigible dentro del Derecho penal - que se evidencia en lo que calificamos de "epígrafe inadecuado" - al contemplarse actividades ajenas y diversas entre si, y que nada tienen que ver con la manipulación genética.

No obstante, consideramos que lo más adecuado no sería proponer la modificación del Título V eliminando el enunciado “De los delitos de manipulación genética” por cualquier otro, sino el de conservar ese mismo Título pero reenviando el tipo penal contenido en el artículo 160, 161.1 y .2 de vuelta al ámbito administrativo, y el tipo del artículo 162 reenviarlo al Título VI “Delitos contra la libertad”.

- 2) Ello se comprende mejor tomando en cuenta que, sí el sistema normativo de un Estado Social y Democrático de Derecho es o debe atender a una función de corte preventivo en el que la norma administrativa contemple indistintamente infracciones de peligro abstracto, concreto o incluso de lesión, el legislador debió reservar y conservar en ese ámbito administrativo las hipótesis analizadas en el curso de ésta investigación que se encuentran más alejadas a la lesión - más preventivas - y sólo debió de recurrir a la última ratio respecto de aquellas últimas conductas que en la cadena de posibilidades resulten ya indiscutiblemente peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos protegidos.

Y si consideramos que del análisis de las hipótesis contenidas en las normas administrativas y en los tipos penales se desprende que lo que el legislador ha hecho a través de la selección de prácticamente la mayoría de las modalidades lesivas a las cuales dotó de tutela penal es adelantar las barreras de protección a niveles inaceptables desde el prisma del Derecho penal, debe entonces procederse a la reconducción de las hipótesis contempladas al ámbito correspondiente, enviando a la esfera administrativa algunos de los tipos, y trayendo algunas de ellas al terreno penal.

- 3) Es en ese orden de ideas por el que se propone realizar, no una nueva redacción del Título sino una efectiva sistematización que consideramos se conseguiría de la siguiente manera:

- I) El tipo del artículo 159 del CPE, que si bien debe de reelaborarse, habría que conservarlo por cuanto que, aunado al hecho de que si bien el bien jurídico protegido - inalterabilidad del patrimonio genético humano no patológico - es lo suficientemente importante para justificar el merecimiento y la necesidad de la protección penal, por cuanto busca evitar la imposición arbitraria de una serie de características específicamente determinadas en un ser humano, las acciones que podrían considerarse típicas en el contexto de estas intervenciones son conductas que hemos entendido se encuentran proyectadas ya, materialmente, sobre el ser humano, de manera tal que la afección al bien jurídico, en su dimensión individual, es inmediata y concreta.

- II) Desde la perspectiva colectiva del bien jurídico, ni duda cabe que éste puede ser, o puesto en peligro de manera concreta sólo hasta en tanto el ser humano modificado genéticamente se transfiera a un ambiente adecuado para su

desarrollo, o lesionado a partir del nacimiento del dicho ser y de su descendencia, lo cual, siendo consecuentes, significa, una vez admitida la importancia y necesidad de tutela que el interés jurídico tiene para el continuo desarrollo social, y dada la proximidad a la puesta en peligro y a la lesión del bien jurídico tutelado, que es en el ámbito del Derecho penal y no administrativo en el que se debe sancionar, precisamente, aquella conducta que resulta idónea para la afección del bien jurídico.

III) Por el contrario, dada la lejanía a la posibilidad de poner en peligro concreto o de lesionar al bien jurídico tutelado por el artículo 160 del CPE, ésta figura habría que trasladarla de nueva cuenta al ámbito administrativo y contemplar sólo la posibilidad de una incriminación penal hasta en tanto el arma no se produzca, sancionando, sólo a partir de ese momento, su tenencia, comercialización, distribución y, obviamente, su utilización.

IV) El artículo 161.1 habría también que trasladarlo al ámbito administrativo, y en su lugar tipificar como delito aquellas hipótesis que impliquen la instrumentalización del preembrión, embrión o feto humano vivo y viable generado de esa o de cualquier otra manera, entendiendo por “instrumentalización” aquella conducta que busque u ocasione irremediablemente la imposibilidad del desarrollo y futuro nacimiento de ese ser humano. Es decir, habría que dotar de contenido penal y a través de una fórmula genérica, aquellas conductas a partir de la existencia del preembrión humano que tiendan a inutilizarlo para la procreación o lo que es igual, a destruirlo intencionalmente.

V) En el mismo sentido, el artículo 161.2 relacionado con la clonación humana habría que trasladarlo al ámbito administrativo por tanto que, igualmente, la trascendencia penal habría que concederla a partir de la existencia del embrión creado sin finalidad procreativa, y, desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico colectivo identificado en la diversidad genética de la especie humana, por cuanto que éste no se pondría en peligro concreto sino hasta en tanto los múltiples clones no se transfirieran al útero humano.

Ello significa que aquellas hipótesis relacionadas con actuaciones en y sobre el preembrión humano como:

a) La contenida en el artículo 20.2.B)d): “Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables”, que configura un infracción de peligro concreto para el bien jurídico vida del preembrión humano, debe permanecer en el ámbito administrativo;

b) La contenida en el artículo 20.2.B)e): “Comerciar con preembriones o con sus células”, que si bien está muy próxima a la lesión del bien jurídico, debe estimarse

como de peligro concreto para el mismo bien jurídico y, por lo tanto, admisible aún su permanencia en el ámbito administrativo;

c) La contenida en el artículo 20.2.B)f): “Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos.....”, o la contenida en el artículo 20.2.B)g): “Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes”, en la medida en la que se trate de seres vivos y viables y en la medida en la que son ya, indiscutiblemente, conductas que comportan una lesión al bien jurídico vida del preembrión humano, deben suprimirse de éste ámbito administrativo pues, en estricta coherencia, resulta más que cuestionable que esas hipótesis que comportan ya una lesión efectiva del bien jurídico protegido permanezcan al margen de la tutela del Derecho penal mientras que la conducta de fecundación de óvulos humanos sin finalidad reproductiva - tipo de peligro concreto y no de lesión como estos últimos - se encuentre contemplado ya por la norma penal, y;

d) La prevista en el artículo 20.2.B)r): “La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa”, referida a acciones que ya en si mismas constituyen una lesión para el bien jurídico, debe eliminarse del ámbito administrativo y, con una distinta redacción en la que se integren en una sola las otras hipótesis capaces de lesionar y de poner en peligro concreto el bien jurídico, contenidas en las acciones de transferencia a un útero animal o humano de una quimera, de un híbrido o de un ser humano genéticamente modificado o múltiplemente clonado sin razón terapéutica, trasladarse al ámbito penal.

Por lo tanto, reiteramos una vez más en que el criterio utilizado por el legislador cuando determinó y seleccionó de entre las conductas que habría de sancionar en la vía administrativa respecto de las que habría de sancionar en la vía penal es rechazable, pues no se compadece con los criterios aludidos sobre los principios rectores del Derecho penal, al mantener varias hipótesis al margen del Derecho penal a pesar de que algunas de ellas comportan ya una concreta lesión y/o peligro a los diversos bienes jurídicos.

Las anteriores conclusiones que proponen y sugieren la intervención y reconducción de varias conductas, por cuanto comportan una forma de instrumentalización general de las vidas humanas y que constituyen modalidades efectivas - concretas - de ataque a los bienes jurídicos protegidos que hoy día están expresamente tipificadas como infracciones administrativas, al ámbito del Derecho penal, no nos significa observar una “huida al Derecho penal” o una invasión o quebrantamiento al principio de subsidiariedad, de ultima ratio o de mínima intervención que la norma y el Ordenamiento penal deben procurar, pues si bien es cierto, ya lo hemos dicho antes, atendiendo al bien jurídico y a los principios que deben regir la creación de las

normas penales, proponer o ser partidario de su total criminalización sería desatinado, ello no nos significó la imposibilidad de sugerir la necesaria criminalización y replanteamiento de los criterios de selección y formas de configuración de algunas de aquellas conductas abarcadas dentro del ámbito administrativo, en atención, volvemos a insistir, a que ciertas de esas hipótesis contempladas en las Leyes administrativas están, sin duda alguna, más próximas a la lesión de los bienes jurídicos que la mismas figuras penales.

De esta forma, dado que no sugerimos la permanencia de la hipótesis del tipo del artículo 161.2 de creación de seres humanos idénticos por clonación (menos aún la hipótesis de selección de la raza), sino su regreso al ámbito administrativo y su reelaboración estructural, la hipótesis del artículo 20.2.B)m) relacionada con la partenogénesis o la prevista en el artículo 20.2.B)o) relacionada con la creación de preembriones de personas del mismo sexo y con cualquier fin, deberían en consecuencia desaparecer como figuras autónomas dentro de la Ley 35/1988 y quedar implícitamente abarcadas, en estricta coherencia, por una sólo infracción administrativa que vendría a crearse para contemplar la conducta relacionada con la creación de seres humanos, idénticos o no, ahora ya no sólo por clonación sino por cualquier otro medio, sin finalidad terapéutica o reproductiva, lo cual incluiría la hipótesis del artículo 161.1 que también, como hemos sugerido, deberá desaparecer del CPE.

En sentido contrario, en relación con el intercambio genético humano o recombinado con otras especies para producción de híbridos, debe replantearse la protección jurídica hasta ahora dispensada de manera tal que en el ámbito del Derecho administrativo permaneciese comprendida la acción de fusión de los gametos animales con los gametos humanos, pero configurando o comprendiendo dentro del Derecho punitivo la acción posterior, ello es, sugerimos la criminalización de la conducta que pretenda, una vez que el obstáculo de la infracción administrativa no ha sido suficiente para evitar acercar la afección del bien jurídico, la transferencia a un útero, incluso animal, del híbrido producido.

En síntesis, el replanteamiento o reconducción propuesto de algunas de las conductas sancionadas hasta ahora sólo como infracciones administrativas supone invertir las funciones de protección jurídica encomendadas por el legislador de manera tal que, la norma penal, en lugar de prohibir y sancionar sólo o desde **la creación** de preembriones, por cualquier medio o procedimiento, sancione su utilización ilícita a partir de su creación y/o a partir del momento en que se realicen los actos tendentes a su transferencia, y que la administrativa en lugar de sancionar la utilización no autorizada de aquellos preembriones creados ya sea de manera ilícita o inclusive lícita, se concentre en sancionar, precisamente, las acciones anteriores a la creación del preembrión sin fin lícito y a la transferencia de un preembrión humano, animal, híbrido o quimera, en un útero humano o animal.

Con ello, se buscaría una coherencia sistemática que permita observar en la norma administrativa el adelantamiento de las barreras jurídicas de protección para evitar mucho antes la lesión al bien jurídico, reservando para el ámbito criminal la configuración de los tipos que, también de manera preventiva, busquen evitar la lesión o la puesta en peligro, ya concreto, del interés jurídico tutelado que se estima digno de protección de la tutela criminal.

VI) En torno al artículo 162, si bien consideramos digno de protección penal el bien jurídico tutelado - por lo que no es necesario pronunciarse sobre su debida o indebida selección como ilícito penal - ello no obsta para destacar que su ubicación es incorrecta y deba ser otra, proponiéndose que se agrupe sistemáticamente junto a los delitos que tutelen la libertad, dentro del Título VI del CPE e inmediatamente después del Capítulo III de dicho Título.

VII) En resumen, el artículo 159 debe permanecer con una nueva modificación. El artículo 160 debería reenviarse al ámbito administrativo, y los artículos 161.1 y 161.2 deben desaparecer del ámbito penal para fusionarse en una nueva redacción, más amplia, en el ámbito administrativo; finalmente, el artículo 162 habría que reenviarlo al Título inmediato posterior del CPE.

En lugar de ello se sugiere la formación de dos nuevas figuras penales en las que se comprenda como ilícito:

A) De manera genérica, la utilización o instrumentalización del preembrión e incluso del embrión o feto humano, vivo y viable, traducido ello en la conducta que directa y necesariamente traiga aparejada la destrucción de esas realidades humanas por cuanto que no persigue la implantación en el útero humano con fines de procreación, y;

B) La transferencia a cualquier útero de híbridos, quimeras, seres manipulados sin finalidad terapéutica o de múltiples clones creados sin finalidad curativa o reproductiva.

Todo ello implicaría: La supresión de los incisos f), g) y r) del artículo 20.2B) de la Ley 35/1988 cuyas conductas estarían ahora, contempladas en el CP; y la desaparición también en el ámbito administrativo de las hipótesis de los incisos m) y o) para crear una nueva en ese mismo ámbito.

4) Para finalizar, hemos de advertir que somos conscientes que en actividades humanas con un ritmo de cambio y desarrollo como las analizadas en el presente trabajo, resulta especialmente complejo edificar principios definitivos; no obstante, es justamente esa complejidad el motor que debe seguir impulsando la búsqueda,

establecimiento y construcción de aquellos criterios que se traduzcan en las herramientas necesarias sin las cuales imposible resultará acotar los eventos futuros y particulares que continuarán presentándose en torno a estos tópicos. En ese contexto, hay que seguir insistiendo en que si el Derecho no quiere fracasar, debe buscar regular, y no inventar, la realidad social, a través de su profunda y constante revisión y adaptación. Esperamos haber contribuido a ello.

BIBLIOGRAFÍA.

ABEL FRANCESC: "Aspectos Éticos de la Tecnología de la Reproducción Asistida", *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Madrid, 1989.

ALBACAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS: "Aspectos jurídicos de la manipulación genética: Inseminación artificial", La Ley, Madrid, 1985.

ALBERRUCHE DÍAZ FLORES, MERCEDES: *La clonación y Selección de Sexo. ¿Derecho Genético?*, Centro Universitario Ramón Carande, Editorial Dykinson, 1998.

ALFREDSSON, JOHN., S. P. GUDMUNDSSON, y G. SNAEDAL; "Artificial Insemination by Donor With Frozen Semen". *Obstetrics and Gynecology Survey*, American Fertility Society, Report of the Ad Hoc Committee on Artificial Insemination, Birmingham, Alabama, 1983.

ANDERSON FRENCH: "La terapia de genes humanos. ¿Porque señalar unos límites?", *Revista Labor Hospitalaria*, número 214.

ANDERSON, FRENCH: "Terapia génica" *Investigación y Ciencia*, Nº 230, noviembre 1995.

ANNAS J, GEORGE: "Outrageous Fortune; Selling Others People Cells", *Hasting Center Report*, noviembre - diciembre, 1990.

ANNAS, J, GEORGE: "Death Without dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby M", *Hasting Center Report*, abril - mayo, 1988.

APARISI MIRALLES, ANGELA: *El proyecto genoma humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1997.

ARAUJO JUNIOR, JOAO MARCELO: "Técnicas biomédicas y Derecho penal", *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, I Jornadas de Magistrados, Fiscales, Profesores de Derecho Penal, Nº 7, agosto, 1989.

ARCHER, LUIS: "Terapia Génica Humana"; Cuestiones Éticas Relacionadas con la Biotecnología, Publicación de las ponencias del VIII Seminario Interdisciplinar de la Cátedra de Bioética, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Editorial Gráficas Ortega, 1993.

ARROYO ZAPATERO, LUIS: "Prohibición de aborto y Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho*, monográfico 3, 1980.

Aspectos Éticos de las técnicas de clonación; Dictamen Nº 9 de 28 de mayo de 1997 del Grupo de Asesores sobre Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 6, 1997,

BAER S, ADELA: *Heredity and Society, Readings in Social Genetics*, Editorial MacMillan, New York, 1973.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª Edición, Madrid, 1986.

BARBERO SANTOS, MARINO: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1973.

BARBERO SANTOS, MARINO: "Fecundación asistida e ingeniería genética Consideraciones jurídico - penales"; *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editor Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

BARREDA GARCÍA, ARMANDO: "Las novísimas leyes de reproducción asistida y donación de embriones y fetos humanos", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 37, 1989.

BARREIRO JORGE: *La imprudencia punible en la actividad médico curativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

BAUDOUIN, JEAN LOUIS: "Novedades en Canadá sobre la Investigación y experimentación genética y con embriones humanos", *Revista General de Derecho*, Nº 6, 1997.

BELLVER CAPELLA, VICENTE: "Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 10, enero - junio, 1999.

BELLVER CAPELLA, VICENTE: "El Tribunal Constitucional ante la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 11, julio - diciembre, 1999.

BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: *Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Editorial Edersa, Madrid, 1997.

BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, "Delitos relativos a la reproducción asistida" Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comenares, 1998.

BERGEL DARÍO, SALVADOR: "Límites éticos y jurídicos a la investigación en genética humana", *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, enero - junio, 2000.

BERKOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R: "La filiación inducida y las clasificaciones legales", *La filiación a finales del siglo XX*, Congreso Mundial Vasco, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Editorial Trevium, 1988.

BETHENCURT, C.A; RODRÍGUEZ DÍAZ, R.N: "Técnicas de reproducción asistida" *Genética Humana*, Bilbao, 1995.

BILLINGS,P: "Discrimination as a Consequence of a Genetic Testing", *American Journal of Human Genetics*, 50, 1992.

BIMBI FRANCA: "Problemática Planteada por los avances científicos en Materia de Reproducción Humana", *La Filiación a Finales del Siglo XX*, Congreso Mundial Vasco, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Editorial Trevium,1988.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P: "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", *Anuario de Derecho Civil*, Nº 2,1991.

BOADA, M; DEXEUS, S; BARRI, P.N: "Clonación en Reproducción Asistida", *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, enero - junio, 2000.

BOE núm. 162, Jueves 8 de Julio de 1999. STC 116/99 de 17 de junio que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 376/89 promovido por Diputados del grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre de 1988, de Técnicas de Reproducción Asistida.

BOE núm.19, de 22 de enero de 1997. Recurso de inconstitucionalidad 596/89.

BOE número.102.7. Serie A. Congreso de los Diputados.

BRASILEIRO DE AZAMBUJA, R: "El nasciturus es persona humana", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 6,1984.

BRODY. B, EUGENE: *Biomedical Technology and Human Rights, The New Genetics: Manipulation, Sceening, Prediction*. New York,1992.

BUENO ARÚS, FRANCISCO: "El genoma humano: Aspectos legales", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, Madrid,1994.

BÚLOW V. DETLEV: "Problemas Jurídicos y Eticos de la Medicina del Transplante", *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid,1989.

BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", *La Ley*,1992.

BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: "Reflexión jurídica ante el mundo feliz de Huxley ", *Revista Tapia*, enero - febrero, Madrid,1994.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: "Consideraciones en torno al injusto" Control Social y Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: "Los bienes jurídicos colectivos" Control Social y Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: "Los delitos de peligro" Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor del acto y de resultado)* Control Social y Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª Edición, Editorial PPU, Barcelona, 1994.

CALLAHAN, DANIEL: *Human Rights: Biogenetic Frontier and Beyond*, Hospital Progress.

CALLAHAN, DANIEL: *New Beginnings in Human Life, A Philosopher's Response*, M. Hamilton, The New Genetics and the Future of Man, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan.

CAPRON, A.M: "Wich ill to bear? Revaluating the threat of Modern Genetics", Beauchamp, t.l & Wlators, L, Contemporary Issues in Bioethics, Kennedy Institute of Ethics and Departament of Philosophy, Georgetown University, California, 1994.

CARBONELL MATEU, J.C; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: "De las lesiones al feto", *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1996.

CARLOS BANCHIO, ENRIQUE, MOISSET DE ESPANES, LUIS: "La libertad del hombre y el genoma", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol I, Madrid, 1994.

CASADO, MARÍA: "El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de la salud pública y salvaguarda de la dignidad humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano* Nº 4, 1996.

COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T,S: *Derecho penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Editor Carlos María Romeo Casabona, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV. Diputación Foral de Biskaia, 1997.

■ Alemania:

Ley de 13 de Diciembre de 1990 sobre Protección de embriones;

■ Francia:

Ley Nº 94-548, de 1 de julio de 1994, relativa al tratamiento de donaciones nominativas que tengan como finalidad la investigación en el ámbito de la salud, y que modifica la Ley Nº 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades;

Ley Nº 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano;

Ley Nº 94-654, de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y el diagnóstico prenatal.

■ Noruega:

Ley Nº 56, de 5 de agosto de 1994, sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina.

■ Suecia:

Ley Nº 115, de 14 de marzo de 1991, relativa a las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones.

■ UNESCO:

Declaración Universal de 26 de febrero de 1994, de los Derechos Humanos de las generaciones futuras.

Comité Internacional de Bioética, Anteproyecto de Declaración Universal de 4 de marzo de 1996, sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos

■ Consejo de Europa:

Recomendación 934, relativa a la ingeniería genética, aprobada por la Asamblea del Consejo de Europa el 26 de enero de 1982;

Recomendación 16, del 25 de septiembre de 1984, sobre notificación de trabajos en los que se utilice ácido desoxirribonucleico recombinante. (ADN);

Recomendación 1046, del 24 de septiembre 1986, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales;

Recomendación 1100, del 2 de febrero de 1989, sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica;

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, sobre los Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética;

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, sobre la fecundación artificial in vivo o in vitro;

Recomendación 3, del 10 de febrero de 1992, sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios;

Convenio de 19 de noviembre de 1996 para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina; Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina;

■ **Comités Nacionales de Ética:**

Italia: Comité Nacional de Bioética. Dictamen, de 15 de febrero de 1991, sobre la terapia génica.

Portugal: Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida. Dictamen de 4 de octubre de 1995, sobre la experimentación en el embrión.

Francia: Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud. Dictamen, de 30 de octubre de 1995, sobre genética y medicina; de la predicción a la prevención.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: "La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines", Revista de Derecho Privado, marzo, 1992.

COUNCIL FOR RESPONSIBLE GENETHICS: "Position papers on genetic discrimination and the Human Genome Initiative, Issues in Reproductive and Genetic Engineering, Vol 3, Nº 3, 1990.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Comentario a la Sentencia 53/1985 de 11 de abril, Sobre el Recurso de Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que Introduce en el Código Penal el artículo 417 bis (Despenalización Parcial del Aborto)", Cuadernos de Política Criminal, Nº 28, 1986.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLI; Fascículo II, mayo - agosto, 1988.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de código penal de 1992", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, Madrid, 1994.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Otra vez sobre técnicas genéticas y Derecho penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1988.

DAUSSET, J: "La revolución genética", ABC de 23 de agosto de 1992.

DAVID, G., y J. LANSAC; *The Organization of the Centers for the Study and Preservation of Semen in France. Human Artificial Insemination and Semen Preservation*, Plenum Press, New York, 1979.

DE ESTEBAN, J, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J: *Curso de derecho Constitucional español, Vol II*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993.

DE LA CUESTA AGUADO, MARÍA DE LA PAZ: *La reproducción asistida humana sin consentimiento, Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1999.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS: "El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, 1994.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 5 julio - diciembre, 1996.

DE LA FUENTE, PEDRO: "Presente y Futuro de la Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones", *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO: "Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, Fascículo I, enero - abril. MCMXC.

DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOLCIDO: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Madrid 1986.

DECLAN BUTLER y WADMAN MEREDITH: "Calls for cloning ban sell science short". Nature Magazine, Vol 386, 1997.

Declaración de Helsinki y sus enmiendas

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Vigésima novena reunión de la Conferencia General de la UNESCO.

DEL AMO, A: *Eugenesis*, en LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: *Deontología biológica*, Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, 1997.

DELGADO ECHEVERRÍA, J: "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", *La filiación a finales del siglo XX*, Editorial Trevium, 1988.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, JESÚS: "La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana", *Revista General de Derecho Privado*, 1988.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: "Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto" (La reforma del delito de aborto), *Comentarios a la Legislación penal*, Volumen IX, Editorial Edersa, Madrid, 1989.

Directiva de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa Nº 534 relativa a la investigación y a la clonación en seres humanos.

Directiva de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Nº 90/220 de 23 de abril de 1990, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

DOBZHANSKY, THEODOSIUS Y DUNN L.C: *Herencia, Raza y Sociedad*, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1950.

DOBZHANSKY, THEODOSIUS: *Diversidad genética e igualdad humana*, Traducción de Manuel Monge Camio, Barcelona, 1978.

DOMÍNGUEZ RODRIGO, L.M: *Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones familiares no matrimoniales*; Homenaje a José Luis Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989.

DURFY J, SHARON Y GROTEVANT E, AMY: "The Human Genome Project", Kennedy Institute of Ethics Journal, Diciembre, 1991.

EDWARDS G, ROBERT, SEIDEL E, GEORGE JR y HOWARD W, JONES JR: "On attempts at cloning in the human, Fertility and sterility", The American Fertility Society, Vol 61, Nº 3.

EKKEHART STEIN: *Lehrbuch des Staatsrechts*, Turbigen, 1968; Traducido por F. Sainz Moreno bajo el título *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Madrid, 1993.

EPSTEIN S, SAMUEL: *Pollution and Health*, M. Hamilton, The New Genetics and the Future of Man, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan

ESER ALBIN, WOLFGANG FRÜHWALD, LUDGER HONNEFELDER, HUBERT MARKL, JOHANNES REITER, WIDMAR TANNER Y ERNST - LUDWIG WINNA CKER: "La Clonación Humana. Fundamentos biológicos y valoración ético jurídica". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Nº 9, Universidad de Deusto, Bilbao, julio - diciembre, 1998.

ESER ALBIN: "Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico penal de la vida", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Serie I, Nº 3, Tomo XXXVII, Fascículo III, septiembre - diciembre, 1984.

ESER ALBIN: "Genética Humana desde la perspectiva del Derecho Alemán", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXVIII, Fascículo II, Mayo - Agosto, Serie I, Nº 3, 1985.

ESER ALBIN: "La moderna medicina de la Reproducción e Ingeniería Genética". Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

ESPIN CÁNOVAS, DIEGO: "Artículo 39, Protección de la Familia", *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dirigidas por Oscar Alzaga Villaamil, Edersa, Tomo IV, 1996.

FALK. W, ZEE'V: *Law And Religion*, The Hebrew University of Jerusalém, Editorial Mesharim Publishers, 1981.

FARRE TREPAT, ELENA: "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1990.

FEMENÍA LÓPEZ, PEDRO J: "Límites jurídicos a la alteración del patrimonio genético de los seres humanos (Parte I)". Ejemplar dactilografiado.

FERNÁNDEZ NIETO, MARCELO: "El derecho a la vida", *Revista General de Derecho*, Nº 504, 1986.

FLECTHER JOSEPH: *The Ethics of Genetic Control*, Westminster Press, Filadelfia, 1992.

FLORES MENDOZA, FÁTIMA: "El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 5, 1996.

FREIXES SAN JUAN, T., Y REMOTTI, J.C: *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993.

GAFO FERNÁNDEZ, JAVIER: *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicación de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.

GAFO FERNÁNDEZ, JAVIER: "Problemas éticos del proyecto genoma humano" Cuestiones Éticas Relacionadas con la Biotecnología, Publicación de las ponencias del VIII Seminario Interdisciplinar de la Cátedra de Bioética. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Ediciones Gráficas Ortega, Madrid, 1993.

GAFO FERNÁNDEZ, JAVIER: "El nuevo Homo Habilis", Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

GALAN CORTEZ, JULIO CESAR; GARCÍA OCHOA, CARLOS: "Consentimiento informado y reproducción asistida humana", La Ley, Nº 6, 1998.

GANSS GIBSON, K; MASSEY, J: "Ethical Considerations on the multiplication of Human embryos", *Reproduction, Technology and Rights*, Human Press, New Jersey, 1996.

GARCÍA SAN MIGUEL, L: *Estudio sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARRIDO FALLA, FERNANDO: "Comentario al artículo 10 de la Constitución", *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1985.

GEORG KOCH, HANS: "El control de la natalidad y el Derecho penal", Eguzkilore, Número Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre, 1992.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: "Constitución y aborto", *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983.

GLENN MCGEE: "¿Escatimar genes o estropear a los hijos?. Los pecados no tan capitales de la mejora genética", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 7, 1997.

GÓMEZ PAVÓN, PILAR: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA: *El derecho a la reproducción humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA: *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978, Congreso de los Diputados*, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: "Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 3, 1995.

GONZÁLEZ MORÁN, LUIS: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996, (Parte I)", Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº. 8, enero - junio, 1998.

GONZÁLEZ MORÁN, LUIS: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/96 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II), Ejemplar dactilografiado.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: "Bien Jurídico y Constitución - Bases para una teoría", Madrid, 1983.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

GOÑI M. FELIX: "DNA y Herencia: Problemas Éticos y Aplicaciones Médico - Legales"; Eguzkilore, Número Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre, 1992.

GRACIA MARTÍN, LUIS: *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, Editorial tirant lo blanch Valencia, 1997.

HAQ, M.M: "Medical genetics and the Human Genome Project: a historical review", Texas Medicine, marzo, 1993.

HARDISON, O.B: "TOWARD Freedom and Dignity; The Humanities and the idea of Humanity ", The John Hopkins University Press, Londres.

HARING BERNHARD: "Ética de la manipulación"; *En medicina, en control de la conducta y en genética*, Editorial Herder, Barcelona, 1978.

HASSEMER WINFRIED: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, año 12, abril - septiembre Buenos Aires, 1989.

HASSEMER WINFRIED: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLV, Fascículo I, enero - abril, 1992.

HAYES V, CATHERINE; "Genetic Testing for Huntington's Disease, A Family Issue", The New England Journal Of Medicine, Vol 327, No 20, november 12, 1992.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, CARMEN: "La filiación en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988" Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 75.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, CARMEN: *Selección de sexo y derechos de la persona*, La Ley, 15 de abril de 1992.

HERRERO DEL COLLADO: *"La inseminación artificial humana ante el Derecho penal"* Universidad de Granada, 1969.

HERZOG FÉLIX: "Límites del Derecho Penal para controlar riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)", Poder Judicial Nº 32, 1993.

HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: "Los Problemas Jurídico Penales de la Terapia Genética en la vía Somática y en la vía Germinal"; Revista de Derecho Penal y Criminología, 3 - 1993.

HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: "Consideraciones Jurídico Penales de la Clonación en Embriones Humanos (I)", Revista de Derecho y Genoma humano, Universidad de Deusto Bilbao, 1994.

HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: "El proceso de despenalización del aborto", Actualidad Penal No 35, Editorial La Ley Actualidad S.A., 29 de septiembre - 5 de octubre de 1997.

HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: "Juridico Penal Considerations On Human Embryo Cloning II"; Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 2 enero, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

HIGUERÁ GUIMERÁ, JUAN FELIPE: *El Derecho penal y la Genética*, Editorial Trivium, Madrid, 1995.

HOFSCHEIDER, P.H: Actitud de la Sociedad Max Plank ante el anteproyecto del ministro de Justicia de la RFA (Kommision Der Max Plank - Gesellschaft Under Federführung "Ley de Protección del Embrión - La protección de la vida humana en todas sus fases de desarrollo y la libertad de experimentación"). *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editor Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

HOLTZMAN, A. NEIL: "Alegaciones y pruebas", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol I, 1994.

HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN: "El nuevo Código penal y el principio de culpabilidad". Jueces para la Democracia, Nº 29, 29 de julio, 1997.

HUERTA TOLCIDO, SUSANA: "Criterios para la reforma del delito de aborto", *La despenalización del aborto*, Santiago Mir Editores, Barcelona, 1983.

HUERTA TOLCIDO, SUSANA: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977.

HUERTA TOLCIDO, SUSANA; "El legado genético y el principio de culpabilidad" *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, 1994.

I Informe Anual de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, Ministerio de Sanidad y Consumo, Diciembre de 1998.

Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas - Informe Palacios - aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, publicado por el Congreso de los Diputados en 1987. Gabinete de Publicaciones, Cortes Generales, 1987.

JESCHECK HANS: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER: "Artículo 53. Protección de los Derechos Fundamentales", *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo IV, Edersa, 1996.

JUNCO MANS, SÁNCHEZ JAVIER: *Código Penal de 1995 Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1998.

KAMRAN S. MOGHISSI; *The Technolgy of AID and Surrogacy en New Approaches to Human Reproduction, Social and Ethical Dimensions*, Westview Press, 1988.

KAYE, L. HOWARD: "Genetic Research Threatens the Concept of Humanness", *Biomedical Ethics, Opposing Viewpoints Series*, 1993.

KAUFMANN, ARMIN: "La misión del Derecho penal", *La reforma del Derecho penal II*, Jornadas hispano alemanas sobre la Reforma del Derecho Penal, Edición de Santiago Mir, 1981.

KAUFMANN, ARTHUR: *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, Avances de la Medicina y Derecho penal, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, PPU, Barcelona, 1988.

KIMBRELL, ANDREW: "Patents Encroach upon the Body", *Crisis*, Mayo 1993, publicado por *Opposing Viewpoints Series*, bajo el título *Biological Patents Affront Human Values, Biomedical Ethics*, 1994.

LA CRUZ BERDEJO, J.L: "La constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, septiembre 1987.

LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: "La naturaleza genética del hombre: Consideraciones en torno al aborto", *Cuenta y Razón*, Nº 10, 1981.

LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: "Manipulación Genética en la Especie Humana", Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, Editor, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: "Status del embrión previo a su implantación, La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas", Universidad Pontificia Comillas, 1989.

LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: *El proyecto Genoma Humano y sus Derivaciones*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Editorial Gráficas Ortega, 1993.

LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: "Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: un comentario genético", Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 5, 1996.

LACADENA CALERO, JUAN RAMÓN: "Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida", Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 11, julio - diciembre 1999.

LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA; MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Segunda Edición, Editorial tecnos.

LATHIV, RAIMO: "Criminal law and modern bio-medical techniques. General Report", Revista Internacional de Derecho Penal, Volumen 59, 1988.

LATORRE LATORRE: "Lesiones al feto", Mujer y Derecho Penal, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1995.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: "Del aborto", *Comentarios al Código penal*. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *El aborto no punible*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

LEE ROBERT Y MORGAN DEREK: Birth Rights, Law and Ethics at The Beginnings of Life, Editorial Routledge, London, 1989.

LESCH. H, HEIKO: "Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición", Poder Judicial, Nº 45, 1997.

Ley 15/1994, de 3 de junio, que establece el régimen de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente. BOE 133, de 4 de junio de 1994.

Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE 282, de 24 de noviembre de 1988.

Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos. BOE 314, de 31 de diciembre de 1988.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se reforma el Código Penal español.

LÓPEZ GARCÍA, G: *Comienzo de la vida del ser humano*, Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, Nº 29,1985.

LÓPEZ GARRIDO, DIEGO; GARCÍA ARAN, MERCEDES: *El Código Penal de1995 y la Voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid,1996.

LÜTTGER HANS: *Medicina y Derecho Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1984.

LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Editorial Dykinson, Séptima Edición, Madrid,1998.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: "Indicaciones y causas de justificación en el aborto", Cuadernos de Política Criminal, Nº 36,1988.

MANTOVANI FERRANDO: "Genetic Manipulation, Legal Interest Under Threat, Control Systems and Techniques of Protection", Revista de Derecho y Genoma humano, enero, 1994.

MANTOVANI FERRANDO: "Uso de gametos, embriones y fetos en la investigación genética y con propósitos cosméticos e industriales", Biotecnología y Derecho, 1997.

MANTOVANI, FERRANDO: "Problemas penales de la manipulación genética", Doctrina Penal, Nº 33-34, Buenos Aires, 1986.

MARQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL: "Perspectivas penales del desarrollo de la ingeniería genética". *Genética Humana y Derecho a la Dignidad*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

MARSHALL ELLIOT: "Biomedical Ethics", Revista Science, Vol 276, junio de 1997.

MARTÍN URANGA, AMELIA: "El marco legal de la terapia génica en España", Biotecnología y Derecho,1997.

MARIS MARTÍNEZ, STELLA: "Nuevas Cuestiones Penales", Editorial Colex, Madrid, 1988.

MARIS MARTÍNEZ, STELLA: "Análisis crítico del Título V del Libro II del Código Penal Español: Delitos relativos a la manipulación genética", Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina, 1996.

MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO: "El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº 2, Madrid, 1979.

MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA: "La libertad de investigación en genética humana y sus límites" Revista General de Derecho, Nº 5231, 1988.

MC LEAN SHEILA, AURORA: "Legal Issues in Human Reproduction", Aldershot, Gower, Reino Unido, 1989.

MCCORMICK, D: "Human gene therapy; The first round", BioTechnology, Nº 4, 1986.

MCCORMICK, R.A: "Blastomere separation: Some concerns"; Hasting Center Report, 24, 1994.

MCKUSICK, V.A: "The Human Genome Project: Plans, Status and Applications in Biology and Medicine", Beauchamp, T,L& Walters, Contemporary Issues in Bioethics, Kennedy Institute of Ethics and Department of Philosophy Gerogetown University, California, 1994..

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

MILLÁN PUELLES, A: *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1962.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Segunda Edición, Barcelona, 1982.

MIR Puig, SANTIAGO: "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi" Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1991.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal , Parte general*, 4ª Edición, Barcelona, 1996.

MOBILIA BOUMIL, MARCIA: *Law, Ethics and Reproductive Choice, Looking Ahead. Genetic Engineering*, 1993.

MONTANO PEDRO: "La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal", Actualidad Penal No 19, 5/11 mayo, 1997.

MORELLI, THERESA: *"Genetic Testing Will Lead To Discrimination, Protecting the Essence Of Being, Humans Rights"*, Reprinted by the American Bar Association, 1993.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I*, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

MORILLAS CUEVA, LORENZO; BENÍTEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: "Límites penales de la experimentación humana", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol III, 1994.

MORO ALBARAZ, M.J: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, 1988.

MOTULSKY, A: "Impact of genetic manipulation on society and medicine", *Science* 219, 1983.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, MARCIA: "La informática frente al derecho a la intimidad. El caso de la información genética, Genética Humana y Derecho a la Dignidad. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

NADIA HIDALGO, SORAYA: "Clonación o reproducción en serie de seres humanos, ¿una alternativa del siglo XXI?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 4, 1996.

NYS, HERMAN: "Límites penales en la experimentación genética en el contexto europeo", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol III, 1994.

NYS, HERMAN: "Investigaciones con embriones", *Biotecnología y Derecho*, 1997.

OLIVA DE LA A: "¿Nasciturus o Moriturus? (Panorama Jurídico sobre la vida humana en España)", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 4, 1986.

OLIVER GUILLOD, DOMINIQUE SPRUMONT: "El legado genético y el principio de culpabilidad", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, 1994.

PANTALEON FERNANDO: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la Democracia*, Nº 5, 1988.

PANTALEON, FERNANDO: "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 15, mayo - agosto, 1993.

Parlamento Europeo. Resolución de 28 de octubre de 1993 sobre la clonación de embriones humanos y de 12 de marzo de 1997 sobre la clonación reproductiva.

PARRISIADOU, FROSSO: "El legado genético y el principio de culpabilidad", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, 1994.

PECES BARBA, GREGORIO: "La libertad del hombre y el genoma", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol I, Fundación BBV, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Editorial tecnos, Madrid, 1990.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO: *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984

PEREZ SALOM, JOSE ROBERTO: "El derecho internacional y el estatuto de los recursos genéticos". Anuario de Derecho internacional, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Nº 13, 1997.

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL: "Conductas de Manipulación genética que se estiman merecedoras de represión penal", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol III, 1994.

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL: *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

PETROVICH HURTADO, A: *La biotecnología reproductiva humana y el derecho a procrear como derecho fundamental: alcance bioético*, Tesina. Universidad Carlos III, Madrid, 1993.

PORTERO GARCÍA, LUIS: *Problemas jurídicos actuales, (alcoholismo y aborto)* Málaga, 1982.

Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina, sobre la prohibición de clonar seres humanos.

PUIGPELAT MARTÍ, FRANCESCA: "La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 6, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ. JOAN J: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

Report of Committee of Inquiry into Fertilization and Embriology, Department of Health & Social Security, DBE, London, julio, 1984.

RICO PÉREZ, FRANCISCO: "Protección civil de la Dignidad personal", Introducción a los Derechos Fundamentales. X Jornadas de Estudio, 1988.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL: "Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana", Doctrina Penal, año 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, abril - septiembre, 1989.

ROBERTSON, A. JOHN: "La utilización de la información genética en decisiones sobre reproducción humana", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Fundación BBV, Vol III, 1994.

ROBERTSON, A. JOHN: "The question of Human Cloning", Hasting Center Report, marzo - abril, 1994.

RODRÍGUEZ LUÑO, A - LÓPEZ MONDÉJAR, R: *La Fecundación in Vitro*, Palabra Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: "Artículo 15, Derecho a la Vida", *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: "El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura", Poder Judicial, Nº Especial 1.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Compendio de Derecho Penal - Parte Especial*, 2ª Edición, Madrid, 1987.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Derecho Penal. Parte Especial I, Delitos contra las personas, contra la libertad y contra la libertad sexual*, Madrid, 1996.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "Aspectos jurídicos de la experimentación humana" Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 11, 1986.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales", Avances de la Medicina y Derecho Penal, PPU, Barcelona, 1988.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "La protección jurídica del concebido. El feto como paciente", Revista Jurídica Castilla la Mancha, Nº 7, 1989.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "Algunas consecuencias vinculadas con la eugenesia y la reproducción humana: El diagnóstico preconcepcivo y el diagnóstico prenatal", Eguzkilore, Nº Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre 1992.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos", *Eguzkilore*, Número 5 Extraordinario, San Sebastián, diciembre 1992.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "Las respuestas del derecho español ante los descubrimientos sobre genética y su aplicación al ser humano", *Eguzkilore*, Nº Extraordinario 5, San Sebastián, diciembre 1992.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones Jurídicas", *Cuestiones Éticas Relacionadas con la Biotecnología*, Publicación de las ponencias del VIII Seminario Interdisciplinar de la Cátedra de Bioética, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Editorial Gráficas Ortega, 1993.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas", *Derecho y Salud*, Publicación Oficial de la Asociación Juristas de la Salud, Volumen 4, Nº 2, julio - diciembre 1996.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "¿Límites jurídicos a la investigación y sus consecuencias? El paradigma de la clonación", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 6, 1997.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: "El genoma humano, objeto del Derecho Internacional", *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, enero - junio, 2000.

ROSNER FRED: *Jewish Bioethics*, The New York State Journal of Medicine, 1993.

ROTHLEY, WILLIAM: *Informe sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética*; Parlamento Europeo, Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y la fecundación artificial humana, Luxemburgo, 1990.

ROXIN, CLAUS: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE: "El fundamento material de la pena en la participación", *CPC* 11, 1980.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: "De las lesiones al feto, Comentario", *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Editorial Trivium.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: "Investigación genética y Derecho penal", *Revista General de Derecho*, Nº 528, 1988.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: "La investigación científica y el derecho. Especial consideración de la ingeniería genética", *Revista General de Derecho*, Nº 504, 1986.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: "Las alteraciones genéticas provocadas y el Derecho penal", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol III, 1994.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS: *El sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid, 1980.

SÁNCHEZ EZNARRIAGA, LUIS ZARRALUQUI: "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", *Revista General de Derecho*, Nº 501, 1986.

SÁNCHEZ EZNARRIAGA, LUIS ZARRALUQUI: *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

SÁNCHEZ MOLERO, JOSÉ; SOLER MATUTES, PEDRO: "Consideraciones sobre el delito de manipulación genética", *La Ley*, Volumen III, mayo, 1997.

SÁNCHEZ MORALES, M.R: "El derecho y las concepciones de la nueva genética", *Cuadernos de Política Criminal*, No 55, 1995.

SÁNCHEZ MORALES, M.R: "La ingeniería genética y las técnicas de reproducción asistida en el hombre: un marco para el análisis sociológico", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 11, julio - diciembre, 1999.

SANMARTÍN, J: "Ingeniería genética humana: Evaluación y percepción pública de las Tecnologías Genéticas"; *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1987.

SARMIENTO, AUGUSTO, RUIZ PÉREZ, G, y MARTÍN, J, C: *Ética y genética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Segunda Edición, España, 1996.

SEGADO FERNÁNDEZ, FRANCISCO: "Dignidad de la persona, Orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978", *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Editorial Edeval, Chile, 1995.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Comentario a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Edersa, Madrid, 1984.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

SHAPIRO, R: "La impronta humana (La carrera por desentrañar los secretos de nuestro código genético) Editorial Acento, 1993.

SILVA SALCEDO, PAULINA: *La protección penal del embrión preimplantatorio humano*. Tesis Doctoral, Deusto, 1998.

SMITH, P. GEORGE II: *Bioethics and the Law, Of Clones and Cryons, Medical, Socio - Legal and Philosophical directions for a brave new world*, University Press Of America, 1989.

SPAEMANN, ROBERT: *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Rialp, Madrid, 1989.

SPERLING KARL: "Ingeniería Genética y Medicina Genética", *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editor Marino Barbero Santos, Madrid, 1989.

STAMPA BRAUN, JOSÉ MARÍA: "Principio de culpabilidad y genoma", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, 1994.

STC: 11/1981 de 8 de abril; 2/1982 de 29 de enero; 91/1983 de 7 de noviembre; 85/1984 de 27 de junio; 53/1985 de 11 de abril; 89/1987, de 3 de junio; 120/1990 de 27 de junio; 212/96 de 19 de diciembre; 116/1999 de 17 de junio.

STORCH DE GRACIA Y ASECIO, J.G: "Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido", *La Ley*, junio, 1987.

SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, Dirigidos por Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Civitas.

SUZUKI Y KNUDSTON, P: *Genética. Conflictos entre la Ingeniería Genética y los valores humanos*, trad de J. Gerardo Abella, Fundación BBV, 1994.

SWAIN S, MARGARET Y MARUSYK W, RANDY: "And Alternative to Property Rights in Human Tissue", *Hasting Center Report*, septiembre - octubre, 1990.

TAMAYO SALABERRIA, G; MARTÍNEZ DE PANCORRO, A: "Aspectos éticos de la investigación biológica de la paternidad", *CPC*, Nº47, 1997.

TEKESCHLICHT, ALBERTO: "Genoma humano y culpabilidad: Un problema médico legal", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol III, 1994.

THOMAS, A. V: "Proyecto Genoma Humano: últimos avances", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Fundación BBV, 1994.

TORIO LÓPEZ, ANGEL "Individualidad biológica y culpabilidad", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, 1994.

TORIO LÓPEZ, ANGEL: "Los delitos de peligro hipotético" (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto) *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 34, fascículo II y III, mayo - diciembre, 1981.

TRÍAS ROCA, ENCARNA: "La incidencia de la inseminación - fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", *La filiación a finales del siglo XX, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Segundo Congreso Mundial Vasco, Trivium, Madrid, 1988.

TRÍAS ROCA, ENCARNA: "The perplexities of Law, Misteries of Embrios", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº1, 1994.

TRÍAS ROCA, ENCARNA: "Derechos de reproducción y eugenesia", *Biotechnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Bilbao, 1998.

TRIFFTERER, OTTO: "Legado Genético y culpabilidad", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol II, 1994.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MARISE: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", *Poder Judicial 2ª Epoca*, Nº 26, 1992.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL: *Comentarios al nuevo Código penal*, Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, Editorial Aranzandi.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Nuevo Código Penal Comentado*, Ley 10/1995, de 23 de noviembre, Editoriales de Derecho Reunidas.

VEGA GUTIÉRREZ, ANA MARÍA: "Los derechos reproductivos en la sociedad post moderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida", *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Editorial Comares, Granada, 1998.

VELA TREVIÑO, SERGIO: *Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del delito*. Editorial Trillas. Segunda Edición, México, 1990.

VELÁZQUEZ, ANTONIO: "Genoma humano y Diagnóstico genético, Oportunidades y Dilemas", *Genética Humana y Derecho a la Dignidad. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

VIDAL GARCÍA, MARIANO: *Bioética. Estudios de bioética racional*, Presentación de Pedro R. Santidrian, Tecnos, Madrid, 1989.

VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: "La regulación de la reproducción humana en el Derecho español", *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1988.

VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: "Las nuevas formas de reproducción humana: Introducción y panorama general", *Revista General del Derecho*, 1986.

VIDAL MARTÍNEZ, JAIME; "La manipulación de genes humanos desde la perspectiva del derecho", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol III, 1994.

VILA CORO BARRACHINA, MARÍA DOLORES: "El comienzo de la vida humana", *Revista General de Derecho* Nº 528, Madrid, 1988.

VILA CORO BARRACHINA, MARÍA DOLORES: "Falacia Legislativa", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol I, 1994.

VILACERO, M.D: "Comienzo de la vida humana", *Revista General de Derecho*, Valencia, septiembre, 1998.

VON MUNCH, INGO: "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 5, mayo - agosto, 1992.

WALTER, L.R: "The ethics of human gene therapy", *Revista Nature*, Vol 320, 1986.

Warnok Report on human fertilization and embryology, *Lancet*, Nº 8352, 1983.

WATSON, J.D. "The Human Genome Project: Past, present and future", *Revista Science*, Nº 248, 1990.

WERTZ, D. C., Y FLETCHER, J. C: *Fatal Knowledge? Prenatal Diagnosis and Sex Selection*, *Hastings Center Report*, 19, Nº 3, 1989.

WHEALE, R. PETER Y MC NALLY M. RUTH: *Genetic Engineering; Catastrophe or Utopia?*, 1ª Edición, Hertfordshire, Reino Unido, Harvester, 1988.

WIKLER DANIEL: "Los genes y la libertad humana: ¿Qué es lo característico de los condicionamientos genéticos en relación con el destino de la persona?", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Vol I, 1994.

WILSON, ROBERT: "The promise of cloning for human medicine; Not a moral threat but an exciting challenge", *BMJ Magazine*, Institute of Obstetrics and Gynecology, Hammersmith Hospital, W12 OHS, Vol 314, London, 1997.

WOOD HARPER, J: "Manipulation of Germ - Line. Towards elimination of major infectious diseases? Ethics and Biothechnolgy, Editor Dyson, A, Harris, J., Routledge, Londres, 1994.